

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Facultad de ciencias sociales y jurídicas

Departamento de derecho penal, procesal e historia del derecho

**LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCESOS DE
FAMILIA**

Tesis doctoral elaborada por

Helena Soleto Muñoz

Director: Prof. Dr. D. Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal

Madrid, 2000



Tesis elaborada por la Licenciada Helena Soletto Muñoz, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal, y depositada en el Departamento de Derecho Penal, Procesal e Historia del Derecho de la Universidad Carlos III Madrid, en junio de 2000, para la colación del grado de Doctor en Derecho.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	11
1. Familia y derecho de familia.	11
2. El interés público en los procesos de familia	16
2. 1. Elementos del proceso afectado por el interés público	20
a) Normas de competencia	21
b) Funciones del juez de familia	22
c) Intervención del Ministerio Fiscal	24
2. 2. Principios que informan el proceso de familia	26
a) La pretensión matrimonial.	30
b) Pretensiones económicas que no afecten a menores	31
c) Cuestiones relativas a los hijos	33
2. 3. La acumulación de objetos en los procesos de familia	35
a) La vinculación de objetos en los procesos matrimoniales	36
b) La acumulación de acciones y procesos no matrimoniales	39
2. 4. La autonomía de la voluntad en los procesos de familia	42
2. 5. Insuficiencia normativa y discrecionalidad	45
3. La crisis familiar con trascendencia judicial	51
3. 1. Crisis familiar	51
3. 2. Crisis reguladas jurídicamente y crisis no reguladas	51
4. La litigiosidad en materia de familia	54
4. 1. Algunas observaciones sobre la litigiosidad familiar	56
4. 2. Defectos normativos y nuevas necesidades.	58
4. 3. Importancia de las medidas provisionales en el proceso.	60
CAPITULO II: MEDIDAS DE PROTECCION PROVISIONAL	65
1. La protección provisional	65
2. Clasificación de las medidas provisionales	69
2. 1. Las medidas provisionales “tradicionales”	69
a) Las medidas reguladas en el Código civil y la distinción entre medidas y efectos	69
b) Las medidas provisionales en las leyes procesales y la distinción entre medidas previas y coetáneas	75

2. 2. Otras medidas provisionales	83
3. Medidas provisionales y medidas cautelares	84
3.1. Medidas cautelares.	84
a) Características de las medidas cautelares	86
b) Presupuestos de las medidas cautelares	90
c) Incidencia de las medidas cautelares en la situación a tutelar	92
d) La norma material y procesal de la medida cautelar	94
3. 2. Las medidas provisionales como medidas cautelares especiales	95
a) Introducción	95
b) Naturaleza contenciosa	96
c) Naturaleza cautelar	98
-Concurrencia de las características de las medidas cautelares	101
-Concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares	103
 CAPITULO III: ÁMBITO DE APLICACIÓN	 111
1. Procesos matrimoniales.	111
1. 1. Procesos de nulidad y contenciosos de separación o divorcio.	111
1. 2. Procedimiento de separación o divorcio de común acuerdo	112
2. Otros procesos de familia	114
2. 1. Procesos de convalidación de resolución eclesiástica.	114
2. 2. Los procesos de guarda y alimentos para menores de la LEC de 2000.	119
2. 3. Las medidas provisionales paralelas a procesos eclesiásticos	121
2. 4. Procesos entre cónyuges separados de hecho.	124
2. 5. Procedimiento de retorno del menor secuestrado	125
2. 6. Procesos sobre la crisis de la familia paramatrimonial.	127
a) procedimiento principal	130
b) acumulación y competencia	132
c) Aplicabilidad del procedimiento de medidas	137
-Alternativas ante la inaplicabilidad	140
 CAPÍTULO IV: MEDIDAS DE CONTENIDO NO PATRIMONIAL	 147
Medidas relativas a los cónyuges	147
1. Separación de los cónyuges y cese de la convivencia.	147
1. 1. Separación provisional de hecho.	148
1. 2. Separación previa a la presentación a la demanda, con autorización judicial.	150
1. 3. Separación coetánea a la demanda, como efecto de la presentación de ésta.	151

2. Medidas ante los malos tratos: alejamiento e interdicción de comunicación	151
Medidas relativas a los descendientes	161
La protección de menores	161
3. Custodia de los descendientes	163
3. 1. Atribución de la guarda a uno de los progenitores	163
a) Atribución de la guarda en un proceso matrimonial.	164
b) Atribución de la guarda en un proceso no matrimonial	166
3. 2. Atribución de la guarda a una tercera persona	169
4. Ejercicio de la patria potestad	171
- Privación del ejercicio de la patria potestad	173
5. Derecho de visitas	175
5. 1. Derecho de visitas parental	175
5. 2. Derecho de visita de terceros	177
6. Prohibición de salida del territorio nacional y de expedición de pasaporte.	178
 CAPÍTULO V: MEDIDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL.	 189
1. Revocación de poderes y consentimientos	189
2. Prohibición de disponer de los bienes privativos del otro cónyuge	189
3. Suspensión o disolución de la sociedad de gananciales	190
4. Contribución a las cargas	194
-Concepto y contenido	194
4. 1. Contribución a las cargas en las medidas provisionales	197
Las litis expensas	198
Relación de las <i>litis expensas</i> y el derecho de justicia gratuita	201
4. 2. Contribución a las cargas en la separación de hecho	206
-Las litis expensas	206
4. 3. Alimentos	207
4. 3. 1. Beneficiarios	207
4. 3. 2. Contenido de los alimentos	209
4. 3. 3. Legitimación	211
4. 3. 4. Los alimentos provisionales	214
4. 4. Pensión compensatoria	217
1. 4. 1. Distinción entre alimentos y compensatoria	218
1. 4. 2. Contenido	220

4. 5. Indemnización al exconviviente	227
5. Vivienda familiar	230
-El uso de la vivienda y la ruptura paramatrimonial	231
-Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales en la LEC de 1881	232
-Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales en la LEC de 2000	233
-Uso de vivienda e hijos no matrimoniales mayores de edad	234
-Uso de vivienda y conviviente	234
6. Ajuar familiar	235
7. Entrega de bienes personales	236
8. Entrega de bienes y determinación de reglas de administración	237
8. 1. Entrega de bienes comunes o gananciales	237
Regulación ex. arts. 807 y ss. de la Ley 1/2000.	239
Separación de hecho	240
8. 2. Reglas de administración de bienes privativos afectos a las cargas	240
8. 3. Reparto de los bienes de la unión de hecho	241
9. Medidas de aseguramiento.	242
9. 1. La anotación preventiva	242
9. 2. Medidas tendentes a conservar los derechos de los cónyuges en lo relativo al uso de la vivienda familiar y los bienes del ajuar	245
9. 3. Medidas tendentes a asegurar la contribución a las cargas.	246
9. 4. Medidas tendentes a asegurar el pago de alimentos para los hijos menores (art. 158).	247
9. 5. Medidas que tiendan a evitar perjuicios económicos a los menores de contenido económico (art. 158).	248
CAPITULO VI: PROCEDIMIENTO	253
1. Jurisdicción y competencia	253
1. 1. Jurisdicción o competencia internacional	253
1. 1. 1. Competencia del juez del proceso principal para dictar medidas provisionales.	254
a) Procesos matrimoniales.	255
b) Procesos no matrimoniales	257
1. 1 2. Norma competencial autónoma de medidas provisionales	258
1. 1. 3. El Convenio de Bruselas y las medidas provisionales	259
1. 1. 4. El Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes	261
1. 2. Competencia	265

1.2. 1. Competencia objetiva	265
1. 2. 2. Competencia funcional	270
a) Competencia para dictar medidas previas	271
b) Competencia en segunda instancia	272
1. 2. 3. Competencia territorial	274
a) Competencia territorial para medidas previas en los procesos matrimoniales en la LEC de 1881	274
b) Competencia territorial para medidas previas en los procesos matrimoniales en la LEC de 2000.	277
c) Competencia para dictar medidas relativas a menores	278
d) Cuestiones de competencia para medidas coetáneas	279
e) Cuestiones de competencia en relación con las medidas previas	282
2.-Requisitos para su obtención.	283
2. 1. Presupuestos para la obtención de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales	283
2. 1. 1. Inexistencia de medidas adoptadas en un pleito anterior.	284
2. 1. 2. Urgencia respecto a medidas previas	287
2. 1. 3. Inexistencia de medidas previas adoptadas en el mismo pleito.	292
2. 2. Presupuestos para la obtención de otras medidas provisionales	295
3. Procedimiento	295
3. 1. Para la obtención de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales	295
3. 1. 1. Legislación aplicable y trámites comunes.	295
3. 1. 2. Especialidades de las medidas provisionales previas.	298
3. 1. 2. 1. Postulación.	298
3. 1. 2. 2. Otras especialidades en el procedimiento de la ley de 1881	299
a) La audiencia a los cónyuges.	300
b) Intervención del Ministerio Fiscal.	303
c) Prueba.	304
d) Recursos.	305
3. 1. 2. 3. Las medidas urgentes de la nueva LEC	308
3. 1. 3. Procedimiento de medidas provisionales	310
a) Legitimación	311
b) Solicitud	311
c) Citación.	315
d) Comparecencia	316
e) Forma de la audiencia	319
f) Intervención del Ministerio Fiscal.	321
g) Prueba	324

h) Recursos.	328
3. 2. Procedimiento para la obtención de medidas en los procesos de menores.	330
Procedimiento para la adopción de otras medidas provisionales	332
3. 3. Procedimiento para la obtención de medidas provisionales por la vía de las medidas cautelares innominadas	332
4. Modificación de las medidas.	334
4. 1. La modificación de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales	335
4. 1. 1. Modificabilidad de las medidas previas.	335
a) En la LEC de 1881	335
b) En la LEC de 2000	336
4. 1. 2. Modificabilidad de las medidas coetáneas	337
a) En la LEC de 1881	337
b) En la LEC de 2000	339
4. 2. La modificación provisional de medidas definitivas	340
4. 3. Modificabilidad de las medidas provisionales en general	341
4. 3. 1. Modificación de los presupuestos de las medidas cautelares	341
4. 3. 2. Modificación de las circunstancias tenidas en cuenta	346
4. 3. 3. Procedimiento	348
a) Presupuestos	348
b) Solicitud	349
c) Competencia	349
d) Sustanciación	350
CAPITULO VII: EFICACIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES	353
1. Eficacia de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores.	353
1. 1. Eficacia inmediata de las medidas provisionales	353
1. 2. Límites temporales de las medidas provisionales.	355
1. 2. 1. Límites temporales de las medidas previas	356
a) Momento inicial de contabilización del plazo de treinta días	356
b) Forma de contabilización de los treinta días	358
c) Necesidad de acreditación de la presentación de la demanda	359
d) Prorrogabilidad del plazo	360
e) Ineficacia de las medidas previas por no presentación temporánea de la demanda	361
1. 2. 2. Límites temporales de las medidas coetáneas.	364
1. 2. 2. 1. Sustitución de medidas previas por coetáneas	365
1. 2. 2. 2. Sustitución de medidas provisionales por definitivas	368
a) La sustitución formal de las medidas: la sentencia	368

b) La sustitución material de las medidas	369
1.- Sustitución de las medidas provisionales por las definitivas de acuerdo con lo señalado en el Código civil.	371
2.- Admisión del recurso en un solo efecto: ejecución provisional <i>ope legis</i>	372
3.- Ejecución provisional de los pronunciamientos recogidos en la sentencia: ejecutabilidad provisional <i>ope iudicis</i> .	376
1. 2. 2. 3. La cuestión en la nueva LEC de 2000	388
2. Eficacia de las medidas provisionales en general	389
2.1. Eficacia inmediata	389
2.2. Falta de presentación temporánea de la demanda	390
2.3. Finalización del procedimiento principal	391
2. 4. La sustitución de las medidas provisionales por las definitivas: la ejecución provisional de los pronunciamientos definitivos.	392
a) En la LEC de 1881	392
b) En la LEC de 2000	392
3. Ejecución forzosa de las medidas provisionales	394
3. 1. La ejecución en materia de familia	394
3. 2. Especialidades de ejecución de medidas concretas	398
3. 2. 1. Ejecución de la medida de la guarda de los menores	398
3. 2. 2. Ejecución del régimen de visitas	403
a) Incumplimiento del padre titular de la guarda.	403
b) Incumplimiento por el progenitor beneficiario del derecho de visita	406
3. 2. 3. Uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario	408
3. 2. 4. Contribución a las cargas, alimentos y pensión compensatoria	409
3. 3. Medidas de aseguramiento de la ejecución	412
- Las medidas de aseguramiento típicas	413
- El recurso al proceso penal.	414
- Introducción de nuevas medidas de aseguramiento.	414
CONCLUSIONES	419
BIBLIOGRAFÍA	429

Capítulo I: Introducción

1. Familia y derecho de familia
2. El interés público en los procesos de familia
 - 2.1 Elementos del proceso afectados por el interés público
 - 2.2 Principios que informan el proceso de familia
 - 2.3. La autonomía de la voluntad en los procesos de familia
 - 2.4 Insuficiencia normativa y discrecionalidad
3. La crisis familiar con trascendencia judicial
 - 3.1 Crisis familiar
 - 3.2 Crisis reguladas jurídicamente y crisis no reguladas.
4. La litigiosidad en materia de familia
 - 4.1 Introducción
 - 4.2 Algunas observaciones sobre la litigiosidad familiar
 - 4.3 Defectos normativos y nuevas necesidades
 - 4.4 Importancia de las medidas provisionales en el proceso

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1. Familia y derecho de familia.

A lo largo de la historia, la familia como institución social ha variado dependiendo de la existencia de determinados vínculos conyugales o de parentesco, criterios variables en razón de los usos sociales de cada época, consecuencia de una determinada consideración sociológica, ética, moral, histórica, etc.¹. Tradicionalmente, la organización familiar de los grupos humanos se ha basado en la unión conyugal, regulándose legalmente las relaciones inherentes a ella, pues la familia es un *prius* respecto del derecho, un presupuesto para el derecho, que al contemplarla la hace una institución jurídica².

¹ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de derecho civil, tomo VI, Derecho de familia*, Madrid: 1997, pág. 31.

² *Ibidem*, y RAMS ALBESA, *Derecho de Familia* (con Lacruz, Sancho, Luna y Rivero); Barcelona: 1997, págs. 15 y 11, indica a su vez que el derecho es un *posterius* respecto al hecho de la familia. Señala además que normativamente, la familia surge en la historia como una comunidad creada por el matrimonio, y compuesta por progenitores y procreados. MONTESINOS SÁNCHEZ, *Familia y derecho: aproximación a la configuración jurídica y social del modelo familiar*, en *Uniones de Hecho: XI Jornades jurídiques*, (Martinell y Areces, eds.); Lleida: 1998, pág. 363, indica que “si bien matrimonio y familia no son términos idénticos ni equivalentes, el primero es la fuente generadora y básica de la segunda, y por consecuencia el modelo familiar se ha visto fuertemente caracterizado por la construcción de la institución matrimonial y en especial de la institución matrimonial canónica”. LIENHARD, *Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en France*, en *Le droit de la famille en Europe* (Ganghoffer dir.); Estrasburgo (Francia): 1992, pág. 581, señala que la unión conyugal es el estado en el que viven desde tiempos inmemoriales la mayoría de los individuos adultos, que siempre se ha revestido, cualquiera que sea el grado de desarrollo de las civilizaciones, además de aspectos religiosos, morales y económicos, de formas normativas, y LEITE de CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*; Coimbra (Portugal): 1997, pág. 270, destaca la indudable importancia del matrimonio como un sistema de ejercicio de funciones sociales.

La familia formada por los padres y los hijos sigue siendo el modelo familiar más común³, aunque su composición ha variado sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, en la que se ha ido dejando sitio a otras formas familiares, como la familia formada por uno de los progenitores -normalmente la madre soltera, separada o divorciada- y el hijo, o diferentes uniones no matrimoniales, con descendencia o no -uniones homosexuales o heterosexuales-; en este sentido, la Constitución española de 1978 introdujo el principio de protección de la familia, y el de protección de los hijos, matrimoniales o no, que rompieron con el sistema tradicional del derecho de familia español, estructurado sobre la institución del matrimonio, única base legítima hasta entonces para la constitución de una familia⁴.

En el artículo 39 de la Constitución Española se consagra la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, grupo social que no aparece concretado legalmente⁵, si bien se ha circunscrito tradicionalmente a la que tiene por base el matrimonio.

La legislación sobre una materia como el matrimonio, que incluye su celebración, sus efectos, las causas y formas de disolución y su alcance,

³ De hecho, la definición de familia por los civilistas implica su limitación a únicamente a aquella formada por personas físicas relacionadas entre sí por vínculos conyugales o de parentesco. SANZ MARTÍN, «La familia, su naturaleza y finalidad»; *Actualidad civil*, nº. 19/6-12 de mayo de 1996; págs. 416., LASARTE, *Principios...*, ob. cit., pág. 31.

⁴ CALLE RODRÍGUEZ, *Uniones paramatrimoniales: la vivienda tras la ruptura*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: 1996, pág. 128 y 129.

LASARTE, *Principios...*, ob. cit., pág. 32, apunta que hasta la reforma del año 1981 (y dada la consagración constitucional de la igualdad de los descendientes) los hijos no matrimoniales no eran considerados familia.

⁵ En el artículo 39 CE se preceptúa que “*Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia*”, y, concretamente, teniendo como referente la familia matrimonial, en el artículo 32, además de recogerse el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, se dispone que “la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. LASARTE, *Principios...* ob. cit., pág. 32 y ROCA TRÍAS, *Derecho de familia*; Valencia: 1997, pág. 15, destacan la falta de formulación constitucional de familia, a diferencia del sistema italiano En el sistema alemán la protección al matrimonio y a la familia también es recogida constitucionalmente; COESTER-WALTJEN, *Comentario a la reforma del derecho de la infancia de 1 de julio de 1998 en Código civil alemán comentado* (Eiranova Encinas); Madrid: 1998, pág. 395, apunta que el matrimonio y la familia son la base de la sociedad, por lo que están bajo la protección del Estado, según la Carta Magna Alemana (CG 6 I).

tiene sentido desde el momento en que se considera la institución del matrimonio como algo beneficioso para la comunidad, por ser el vehículo de perpetuación de la sociedad, tanto en su aspecto reproductivo como de educación de los individuos en colectividad⁶.

Para calificar una situación de familiar o no, y por lo tanto ser susceptible de protección pública, han de definirse los límites de la familia⁷. En la STC 222/1992⁸, ante la falta de definición en la Constitución ni en la legislación ordinaria, se realizó una aproximación al término, indicando que no sólo es familia la de origen matrimonial, lo que apunta claramente a la inclusión en lo entendido por familia de aquellos núcleos en los que existieran hijos⁹, y posiblemente la de las parejas de hecho sin hijos¹⁰. En dicha sentencia se precisa que

⁶ En la STC 116/1999 se indica que la familia es la “unidad básica y esencial de convivencia”. BECKER, *Nobel lecture: The economic way of looking at behavior*, en *The essence of Becker*; Stanford: 1995, pág. 643, apunta que la familia es indudablemente la más fundamental y antigua de las instituciones.

⁷ “La Constitución garantiza el instituto de la familia, y, por ende, la existencia de “un reducto indisponible o núcleo esencial del mismo (SSTC 32/1981, 40/1998, 108/1998 y 116/1999), a cuya preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, la Constitución obliga” (SSTC 26/1987 y 116/1999).

⁸ En la STC 222/1992 se declaró inconstitucional la exclusión de las familias de hecho de la subrogación ex. art. 58 de la LAU vigente entonces, del año 1964.

⁹ En la STC 116/1999, de 17 de junio, producto del recurso de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios del partido popular contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, se señala que “una identificación entre la familia natural y la jurídica ... carece de todo respaldo constitucional”, afirmando que, “como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia” (STC 222/1992).

¹⁰ VIDAL GIL y MARTÍN MORÓN, «Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente more uxorio en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», *RGD*, nº. 586-587, julio-agosto 1993, pág. 6925, entienden que la protección constitucional a la familia se extiende también a la formada por la pareja de hecho, de acuerdo con lo recogido en la sentencia del TC 47/93, en la que se indica que “la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio... sino también a la familia como realidad social, entendida por la tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”. En el mismo sentido, CALLE RODRÍGUEZ, *Uniones paramatrimoniales...* ob. cit., pág. 129, o VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Familias matrimoniales y no matrimoniales*, en *Derecho de Familia*, (Roca Trias coord.); Valencia: 1997, pág. 32, quien apunta que, dada la naturaleza de la norma recogida en el artículo 39 CE, la protección de estas parejas no



“Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad afectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura –en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo”.

Entre la doctrina, como señala NAVARRO VALLS, el concepto de familia tiende en la actualidad “*a bifurcarse en dos direcciones. Una, restrictiva, para la familia que se crea por el matrimonio...y otra, más amplia, cuya expresión mínima sería el criterio de la vida en común o la filiación natural*”, con origen en el incremento de hecho de nacimientos de hijos no matrimoniales en los últimos años¹¹.

Parece unánime la idea de que podremos calificar de familia al conjunto formado al menos por un progenitor y un hijo, o por dos personas

puede ser exigida por el particular, sino que su desarrollo corresponderá en todo caso al legislador.

RAMS ALBESA, *Derecho de Familia...*, ob. cit., pág. 25, por su parte, excluye del concepto constitucional de familia las formas de unión homosexual.

¹¹ NAVARRO VALLS, *Las uniones de hecho en el derecho comparado*, en *Uniones de hecho: XI Jornades jurídiques*, (Martinell y Areces eds.), Lleida: 1998, pág. 28.

En la práctica, como destacan PÉREZ VALLEJO, y CASENAVE RUÍZ, *Las parejas de hecho, situación legal de los hijos extramatrimoniales*, en *Parejas de hecho: curso de verano de la universidad complutense en Almería*; Granada: 1996, pág. 99 y ss., se entrega libro de familia al progenitor que reconozca a su hijo, de acuerdo con la Circular de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de junio de 1981, sobre Consecuencias registrales del nuevo régimen legal de filiación, y que el concepto de familia es “extrajurídico”, definido como gente que vive en una casa, bajo una misma dirección, en la SAP Barcelona de 7 de mayo de 1991.

unidas por vínculo matrimonial; es decir, que la clasificación en principio de un grupo humano dentro del concepto de familia dependerá de la existencia del vínculo matrimonial o del filial¹², quedando fuera de esta aproximación, y en un primer acercamiento, las uniones de hecho sin descendencia, dependiendo la inclusión en el género familiar de las uniones de hecho sin hijos de la normativa aplicable en cada momento y lugar¹³.

Además de su importancia como base de la propia sociedad, en el plano particular, la institución familiar, tiene, de acuerdo con GRANADOS PÉREZ, “una clara función estructurante-simbólica de la personalidad”; la personalidad se organiza a través de la convivencia estable con la pareja y los hijos, de ahí que el conflicto familiar suponga “una crisis de toda la estructuración psíquica en juego”¹⁴ y tenga una gran influencia en la vivencia personal, lo que supone, junto a la relevancia social de la familia, la base de la protección jurídica de ésta, que se concreta en la regulación de los requisitos y

¹² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARIAGA, *La intimidad de los datos fiscales y los procesos matrimoniales*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid: 1996, pág. 37.

LASARTE, *Principios...* ob. cit., pág. 32, señala que la concepción contemporánea de familia exige la existencia de vínculos conyugales o una relación de parentesco.

¹³ Habitualmente, los cambios normativos se producen después de la manifestación de una necesidad entendida socialmente, es decir, de la existencia de un consenso sobre la necesidad de un cambio normativo que ampare o dé solución a determinadas situaciones. (Nos referíamos con anterioridad al fenómeno de que la familia es un *prius* respecto del derecho; véase LASARTE; *Principios...*, ob. cit., pág. 31, así como RAMS; *Derecho de familia...*, ob. cit., págs. 11 y 15). En la actualidad se está incrementando el número de parejas no casadas, y como consecuencia de ello, se dictan disposiciones con la finalidad de no discriminar a los hijos de estas familias, (si bien, como veremos, en el ámbito del derecho de la crisis familiar todavía existe discriminación de la familia paramatrimonial), mientras que en relación con las parejas de hecho sin el componente de la descendencia común, pese a haber una reacción social permisiva ante estas relaciones no existe sentimiento generalizado en el sentido de considerarlas familia a efectos sociales, ni por lo tanto a efectos legales, con la idea bastante extendida de que estas parejas se han situado voluntariamente al margen de la ley matrimonial, que es la esencia de la familiar. (En la sentencia 222/1992 se señala frente a esta argumentación que el derecho al matrimonio no es un derecho de ejercicio individual, ya que no existe matrimonio si no hay consentimiento mutuo, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 45 del Código civil).

¹⁴ GRANADOS PÉREZ, «Lo irracional en el conflicto familiar»; *Actualidad Civil*, 1987-2, pág. 2087.

efectos de los cambios familiares¹⁵, que si bien centrados tradicionalmente en los matrimoniales, se van extendiendo a otras formas familiares¹⁶.

2. El interés público en los procesos de familia

Es posible defender la existencia de un interés público o social¹⁷ en el proceso de familia desde dos puntos de vista: desde una visión economicista, en la que el objetivo del sistema público sea la reducción de costes sociales buscando un máximo de eficiencia, o desde un enfoque social, basado en criterios de protección a los más débiles y a las formas sociales tradicionalmente entendidas como necesarias por los ciudadanos.

Ambas argumentaciones se vincularían al Estado social de derecho (art. 1 CE), en el que la “protección social, económica y jurídica de la familia” es establecido como principio rector de la política social y económica (art. 39). Así, dado que la familia es el vehículo básico de socialización de los individuos, es de interés social su mantenimiento, y

¹⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica», en *Actualidad Civil*, nº. 21, 19-25 de mayo de 1997, pág. 475, indica que el proceso matrimonial cumple “una función social importante que trasciende a los intereses de las partes, por lo que es posible sostener una publicización o socialización de los mismos que permita a su vez defender su especialidad procesal”.

¹⁶ En el derecho comparado, existe una diversidad en el grado de regulación de las parejas de hecho que van de la completa admisibilidad de efectos de la relación de hecho heterosexual en los países iberoamericanos o en los países nórdicos, donde se establecen incluso para la homosexual (aunque limitado aún el derecho a adoptar) o a la diferente admisión de efectos para las parejas de hecho heterosexuales en cada Estado de EE.UU., llegando al absoluto rechazo de la concesión de efectos civiles a las parejas homosexuales realizado por la Defense of Marriage Act. Véase para lo relacionado con la situación en el derecho norteamericano y nórdico NAVARRO VALLS, *Las uniones de hecho...ob. cit.*, págs. 27 a 39, así como en relación con el iberoamericano HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Las uniones de hecho: derecho extranjero e iniciativas parlamentarias en el derecho español, en Parejas de hecho*, (Herrera Campos dir.); Granada, 1996, págs. 199 a 227.

¹⁷ Entendemos que a los efectos de la regulación procesal de familia se identifican los conceptos de interés público e interés social, si bien sería posible distinguirlos, tal como hace CEREZO ABAD, «El fiscal como defensor del interés social», en RGLJ, 1965, T. I, pág. 67 y ss., que si bien destaca la dificultad de deslindar los conceptos de interés general, público, común y social, define el interés social ligándolo a la llamada legislación social, al igual que FLORES PRADA, *El Ministerio Fiscal en España*; Valencia: 1999, pág. 373, que vincula el interés social a los fines del moderno Estado de Derecho.

como el Estado cumple una función protectora de los miembros más débiles de la sociedad, es relevante que la educación y cuidado proporcionados por la familia a sus miembros siga asumiéndose por ésta tras las crisis familiares, y que, por otra parte, los componentes de la familia sufran lo menos traumáticamente posible las crisis.

La ruptura de la familia que se produce ante la correspondiente escisión del matrimonio o pareja produce por sí misma costes de diversa naturaleza¹⁸, con relevancia social inmediata si los afectados acuden a instancias judiciales para dotar de una nueva regulación a sus relaciones, o cuando alguno de los miembros deja de cumplir con sus funciones sociales y familiares, lo que justifica por sí mismo la intervención del Estado en la regulación de la crisis familiar, influyendo en la toma de decisiones de los miembros de la familia por medio de ésta¹⁹.

La regulación de la ruptura familiar se realiza en normas materiales y a través del proceso en la mayoría de los casos, si bien parte de las crisis se resuelven particularmente, sin visado judicial, aunque en estos casos la regulación sigue influyendo considerablemente²⁰.

La función del proceso de familia es establecer, de concurrir las causas tasadas por la ley, los efectos del cambio en la situación familiar, así como otorgar una regulación de las relaciones patrimoniales y personales de los miembros de la familia durante el proceso.

¹⁸ MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*; Cambridge: 1994, pág. 21, apuntan que la formación de dos hogares plantea una dificultad económica por tres razones: la pérdida de economías de escala, la división del trabajo basado en el género y la existencia de consumo conjunto.

¹⁹ BECKER, *The economic way...*, ob. cit., pág. 643, apunta que la aproximación económica a la familia asume que íntimas decisiones como divorciarse se alcanzan sopesando las ventajas y desventajas de acciones alternativas, y entre las que se pueden contar las resoluciones que hipotéticamente se puedan obtener a través del sistema de divorcio establecido.

²⁰ MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 40, apuntan que las normas y procedimientos usados en los tribunales para resolver las disputas afectan a la toma de decisión, y no sólo en los casos decididos por un juez, sino también en aquellos otros en los que la crisis es resuelta fuera de los tribunales. En el mismo sentido, MNOOKIN y KORNHAUSER, «Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce»; *Yale Law Journal*, 1979, pág. 950.

La regulación del proceso de familia se ha circunscrito tradicionalmente a la del proceso matrimonial, ignorándose otras formas familiares, aunque en la actualidad se observa una tendencia a incrementar el campo de regulación, y así, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se incluye otro procedimiento de familia distinto del matrimonial, el que tiene como fin establecer la guarda y alimentos para los menores de edad.

La protección de los hijos menores es en la actualidad el referente de todo proceso de familia, reforzado por la legislación de 1990 y 1996, y concretado en la voluntad de equiparación de facto de los hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos de ruptura familiar incluso en el ámbito procesal en la nueva LEC²¹, aunque todavía sigue vigente el principio inspirador de la legislación de 1981 de mantener la situación económica de los miembros más débiles de la familia, concretado en el establecimiento de medidas tales como la concesión del uso de la vivienda a los menores y al cónyuge que quede al cuidado de éstos, la obligación de mantenimiento de los menores²², o la pensión compensatoria, sistema en el que el cónyuge no guardador sufre todas las consecuencias de la crisis, pues, si la ruptura familiar produce una división de patrimonios y un aumento de gastos, la estabilidad económica de algunos de los miembros de la familia es correlativa a la merma de ella de los otros miembros²³.

²¹ La búsqueda del bien del menor ha provocado que en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se haya introducido el proceso de guarda y alimentos en la nueva, impidiéndose de esta forma la discriminación de los hijos no matrimoniales.

²² En el art. 92 C.c. se establece que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos”. Por el contrario, en el sistema inglés de los años ochenta, que propugnaba una ruptura “limpia” (“clean break”), no se establecía la obligación de contribuir a las cargas, con lo que las mujeres, sobre todo aquellas que tuvieran hijos, dependían fuertemente del régimen de asistencia social, aumentándose muy considerablemente los costes estatales por este concepto. Ante ello, en los últimos ochenta y primeros noventa se introdujeron regímenes de alimentos para niños, con lo que el mantenimiento de los niños y sus necesidades primarias se volvió a desplazar a la familia, y normalmente a cargo del padre trabajador. MNOOKIN, *Divorce*; www.law.harvard.edu/, pág. 1.

²³ MACCOBY y MNOOKIN, *Dividing...*, ob. cit., pág. 24, apuntan que para impedir que los costes aumenten desproporcionadamente sobre el cónyuge que abandone el hogar, la alternativa sería vender la vivienda actual y adquirir dos de menor coste, aunque ello no

El interés social sobre la crisis familiar tiene en la actualidad un nuevo contenido: no se trata de proteger a los miembros más débiles de la familia, sino de otorgar un nuevo equilibrio a cada uno de sus miembros, facilitando su bienestar y la asunción de las cargas familiares que de otra manera habrían de adjudicarse al Estado. En este sentido, si lo deseable es que las partes regulen por sí mismas, dentro de lo posible, sus nuevas relaciones, pues además de producir mayor eficiencia, los nuevos enfoques sociales exigen una mayor relevancia de la autonomía de la voluntad sobre estas cuestiones, la normativa vigente ha de facilitarlo.

Así, en la actualidad se han desarrollado elementos que fomentan el equilibrio en la ruptura, tales como la temporalidad de la pensión compensatoria, o el recurso a sistemas de mediación, de gran relevancia en Europa.

Por otra parte, se perfila la cuestión de la discrecionalidad judicial que se da en este tipo de procesos, correlativa a una falta de regulación mínimamente exhaustiva de éstos. La discrecionalidad produce litigiosidad, y desincentiva el acuerdo²⁴, además de producir situaciones de inseguridad jurídica que serían inconcebibles en otros campos distintos del familiar, por lo que nos manifestamos a favor del establecimiento de una regulación más concreta, posibilitando en todo caso que los órganos jurisdiccionales

supondrá el escape del gran incremento de costes de dos hogares familiares comparado con los de uno.

Esta discriminación, que podía entenderse “positiva” anteriormente, en la actualidad no puede mantenerse, pues produce problemas de entidad: el padre deprimido económicamente por la imposición de las cargas alimenticias y el mantenimiento de un hogar propio posiblemente incumplirá dichas cargas, con el consecuente entorpecimiento de las relaciones entre los padres y por extensión con los hijos, establecimiento de acciones penales, etc. Además, la crisis personal que supone una ruptura será más difícil de superar en una situación de desigualdad, lo cual puede llevar a situaciones límite (agresiones, suicidios, etc.).

²⁴ COOTER y ULEN, *Law and economics*; Massachusetts (EE.UU.): 1997, pág. 357, señalaban, en relación con la teoría de la negociación, que el optimismo produce litigiosidad (optimism causes trial), y DEWARD, *Reducing Discretion in Family Law*, en *The changing family*; Oxford (RU): 1998, pág. 239 apunta que un sistema basado en gran medida en la discrecionalidad judicial es caro e ineficiente.

adapten las resoluciones a la situación de hecho cambiante que se presenta en la crisis familiar.

En el proceso de familia, dado lo característico de la materia debatida, existen elementos que lo apartan del proceso civil patrimonial, sobre el que tradicionalmente se ha producido el análisis doctrinal procesal, si bien determinados aspectos del proceso siguen basándose en dicho sistema patrimonial.

2. 1. Elementos del proceso afectado por el interés público

En los procesos de familia se ve trastocada la estructura tradicional del proceso civil, acercándose sus principios rectores a los propios del sistema inquisitivo, dada la concurrencia de elementos tales como el interés del menor, que lo apartan de una concepción patrimonialista del proceso. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta el grado de trascendencia en el individuo de las resoluciones civiles de familia, que se asemejan en cierta manera a las resultantes de un proceso penal, en el que los derechos fundamentales pueden verse limitados.

Indica VILLAGÓMEZ CEBRIÁN que las notas esenciales que caracterizan a estos procesos “informados por el principio inquisitivo” serían la existencia de un conflicto social y la consiguiente imposibilidad de composición del conflicto de forma independiente a la sentencia²⁵.

La afectación de las normas del proceso matrimonial por el derecho vinculante se traduce en que no se somete al principio dispositivo en lo relativo a las cuestiones que puedan ser de interés público, y en la consecuente falta de sujeción a las normas generales del proceso civil patrimonial.

²⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «Consideraciones sobre la especialidad de los procesos...», ob. cit., pág. 481.

GONZÁLEZ GARCÍA, *La proliferación de procesos civiles*; Madrid: 1996, pág. 103, apunta que es en el ámbito de las materias de orden público reguladas en el Código civil donde se justifica plenamente la creación de un proceso civil especial.

Entre los elementos procesales que indican una desvinculación del principio dispositivo, relacionado a su vez con la existencia de un interés público en la materia, podríamos señalar básicamente la indisponibilidad de las partes sobre el objeto principal del proceso, salvo en lo relacionado con la renuncia o el desistimiento, la determinación de fueros legales improrrogables, la determinación concreta de la legitimación, la concesión al juez de una amplia discrecionalidad, la conversión del Ministerio Fiscal en parte, la falta de eficacia de la admisión de los hechos o la inexistencia de prueba legal²⁶.

a) Normas de competencia

Entre las normas de competencia de los procesos de familia regulados expresamente, se ha establecido la prohibición de acuerdos entre las partes para determinar la competencia territorial (fueros

²⁶ Mientras que en el proceso civil dispositivo la legitimación ordinaria radica en la simple afirmación del actor de la titularidad de un derecho y de la imputación al demandado de una obligación, en el no dispositivo se regula específicamente la legitimación de las partes, en concreto en los artículos 74, 75, 76, 81, 86 del Código civil, y en el proceso no dispositivo, el juez no se encuentra vinculado por los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra. En cuanto a la prueba, indica que la prueba de confesión con juramento decisorio no es admisible cuando versa sobre cuestiones sobre las que no cabe transacción, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1237 y 1814 C.c., y en cuanto a la prueba documental, señala que no existe norma que excluya su valor legal, pero que debe negársele porque no puede imponerse al juez la existencia de un presupuesto fáctico que tenga como consecuencia la aplicación de la correlativa norma de ius cogens. MONTERO AROCA, *Los procesos matrimoniales*; Valencia: 1997, pág. 54 y ss.

En este sentido, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se concreta en el artículo 752, inscrito en el capítulo sobre disposiciones generales relativas a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores que el tribunal no está vinculado a las reglas sobre fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, documentos públicos y documentos privados reconocidos, salvo que las pretensiones que se formulen puedan ser disponibles.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «Consideraciones sobre la especialidad...», ob. cit., pág. 482, apunta, más genéricamente, que la naturaleza inquisitoria de estos procesos confirma que sus principios rectores se encuentran en la esfera de la socialización o publicización del proceso civil, por lo que la vigencia de principios como el de aportación se ve reducida ante el incremento de la del principio de investigación, y las obligaciones de las partes se ven aumentadas. Todos estos elementos concurren en la regulación que de los procesos matrimoniales se realiza en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento

convencionales); frente al criterio general de disponibilidad del fuero territorial²⁷; la ley 30/81 de 7 de julio, “del divorcio”, establece un fuero improrrogable, determinado por el último domicilio conyugal o por el domicilio del demandado, lo que significa que el juez debe plantearse de oficio su falta de competencia²⁸, y en la LEC de 2000 en relación con los procesos matrimoniales y de menores, la obligación del juez de examinar su competencia es expresamente en el artículo 769.4²⁹.

b) Funciones del juez de familia

Entre las funciones del juez de familia se distinguen potestades y cargas distintas de las que se atribuyen respecto de cuestiones patrimoniales, precisamente por la especial materia sobre la que ha de pronunciarse, esto es, las cuestiones relativas al Estado civil y a los menores de edad.

civil, que GÓMEZ COLOMER, *El nuevo proceso civil: ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón); Valencia: 2000, pág. 795, engloba entre los “procesos no dispositivos”.

²⁷ “En el criterio general de la LEC las normas sobre competencia territorial son disponibles, de modo que se podrá prorrogar a un Juzgado, siempre que se tenga competencia objetiva (art. 54 LEC). Por consiguiente, el órgano judicial no puede promover de oficio cuestión de competencia por razón del territorio, ni cabe que se le plantee de oficio la inhibición al que esté conociendo (art. 74 LEC). La facultad de disponer de la competencia territorial responde a la normal disponibilidad de los derechos materiales deducidos en el proceso civil, cuya satisfacción se hace normalmente fuera del proceso... La disponibilidad del fuero quiebra, por tanto, cuando existe un interés especial digno de protección -normalmente para evitar la indefensión del demandado- o se trata de derechos indisponibles. En la actualidad las excepciones a la prorrogabilidad de la competencia van creciendo...”. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil* (con Gimeno Sendra y Cortés Domínguez); Madrid: 1997, pág. 65 y ss.

CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, vol. II, (trad. de la 3ª. ed. Italiana por Casais y Santalo); Madrid: 1977, pág. 813 y 814, señala que en estos procesos “la competencia territorial es, de ordinario, competencia funcional y, por lo tanto, improrrogable”.

En cuanto a la nueva LEC, el criterio sigue siendo el mismo (art. 58).

²⁸ La DA tercera de la ley 30/81 de 7 de julio señala que serán nulos los acuerdos de las partes que alteren dicha norma, que indica que será juez competente para conocer de los pleitos de nulidad, separación o divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, lo que supone que el juez, si está al corriente de su incompetencia, debe abstenerse de conocer.

²⁹ Este elemento fue introducido a instancias del GS y CiU.

En relación con el objeto principal del proceso, ante la necesidad de que el juez llegue a la convicción de la concurrencia de las causas de separación, nulidad o divorcio –pues no es posible conceder la separación o el divorcio amparándose en la simple solicitud de las partes, dado que en nuestro ordenamiento, la simple voluntad de separación no es causa según la ley para obtenerla- se le faculta para acordar cualquier prueba, para mejor proveer, que le permita llegar a tener la certeza de la existencia de la causa legal de que se trate³⁰.

También se le otorga una potestad supervisora del bienestar de las partes, así, está legitimado para rechazar los acuerdos de los cónyuges gravemente lesivo para uno de ellos.

Entre las obligaciones del juez de familia se encuentra la de garantizar el bien del menor, pudiendo adoptar en todo caso y momento las medidas protectoras que considere más idóneas, de acuerdo con lo indicado en el artículo 158 del Código civil tras la nueva redacción dada al precepto por la ley del menor.

En la nueva LEC estos elementos han sido expresamente establecidos: en el art. 770.4º. se dispone que el tribunal puede acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas por el C.c. para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores de edad.

³⁰ CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 815, se refiere, como efecto del interés público existente y la consecuente restricción de las normas dispositivas, a la debilitación de “los vínculos que por razones de oportunidad rodean comúnmente la iniciativa del juez civil en la selección de los hechos influyentes en la decisión”, reforzándose el deber de investigación, y confiándosele en ocasiones el impulso procesal.

c) Intervención del Ministerio Fiscal

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal³¹, ha de ser preceptiva cuando en el proceso se ventilen asuntos sobre estado civil o que conciernan a menores de edad.

CARPI apunta que la presencia del Ministerio Fiscal en un proceso civil es un punto de encuentro entre el principio inquisitivo y el dispositivo y un medio para conciliarlos.³²

En relación con los procesos matrimoniales, la regulación de su actividad ha sido criticada, por encontrarse insuficientemente normada, o por considerarse superflua o inapropiada en esta clase de procedimientos de carácter privado.³³

³¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*; (con Herce Quemada); Madrid: 8ª. ed., 1979, pág. 116 y ss., señala la intervención del fiscal en estos procesos como un indicio del interés público existente, por el que ha de velar, pues el Estado tiene un interés directo, tanto en impedir que un matrimonio sea declarado nulo o disuelto sin causa suficiente como en que no prevalezca un matrimonio inexistente o nulo en sí, y que de aquí resulta que se limite el principio dispositivo en estos procesos y que el Ministerio fiscal intervenga ejercitando un derecho-deber con todas las facultades procesales de parte. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, «Consideraciones sobre la especialidad de los procesos...», ob. cit., pág. 483, indica que la participación del Ministerio Público en estos procesos “revela la vigencia y extensión del principio inquisitivo y limita el grado de libertad de las partes”.

CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 813 y ss., señala que una consecuencia del interés del Estado en las relaciones objeto de proceso es “la frecuente participación del Ministerio público en el proceso, como actor o como conclusionante”.

Advierte MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 54 y 55, que hay que diferenciar la actuación del Ministerio Fiscal como parte necesaria y como representante en juicio de los incapaces; en el primer caso estaría actuando en defensa del interés público, mientras que en el segundo de los intereses privados de los incapaces.

³² CARPI, *La justice en matière familiale en Italie*, en *Familles et Justice*; Paris: 1997, pág. 129, indica que, en materia civil, el Ministerio Público italiano no puede ejercer la acción salvo en presencia de una regulación expresa, cual es el caso del proceso de familia, en el que su intervención es obligatoria, bajo pena de nulidad, y que consiste al menos en su audiencia en todos los procedimientos, aunque esta audiencia es en la práctica más formal que sustancial, ya que la preocupación mayor por los asuntos penales produce una menor asistencia a las causas familiares (algo similar ocurre en la práctica española, en la que en muchos casos la audiencia del fiscal es documental).

³³ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 728 y ss. se indica que “la intervención en el proceso civil de un órgano del Estado imparcial, distinto del órgano jurisdiccional que dirime la contienda, supone una disfunción en un proceso en el que se ventilan cuestiones entre particulares conocedores del asunto a debatir, por lo que serían

Concretamente, en la DA 8ª. se formula como preceptiva cuando alguno de los cónyuges o sus hijos fuera menor, incapaz o ausente, mientras que en la circular de la Fiscalía general del Estado de 15 de diciembre de 1986 se indica que la intervención debería ser necesaria en todo caso, cumpliéndose así la función otorgada al Ministerio Fiscal en su Estatuto regulador (art. 3.6º.) de “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil”, mas que su intervención se condiciona a la concurrencia de las circunstancias recogidas en la DA 8ª.

En la nueva Ley de enjuiciamiento civil, el contenido de la DA 8ª. ha sido retomado en el artículo 749, ampliándose el campo de intervención obligatoria, siendo su intervención preceptiva en los procesos de incapacitación, nulidad y filiación, por un lado, y por otro, en los demás procesos matrimoniales y de menores cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o ausente.

En cuanto a las funciones a desempeñar, ha de emitir informes sobre las cuestiones relacionadas con los menores, incluso en los procedimientos de común acuerdo³⁴, y también en sede de medidas provisionales, actuación muy limitada para alcanzar los fines a los que está encaminada³⁵.

exigibles peculiaridades procedimentales...para que su actuación cumpla realmente los fines perseguidos

MESTRES TIBAU, «La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, págs. 231 y 232, considera que sólo existe interés público tutelable con la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de nulidad de matrimonios contraídos entre personas afectas de impedimentos no dispensables, no dispensados o con defecto de forma, así como los de eficacia civil de resoluciones extranjeras, y que, en los demás casos, “*el interés público no existe o se halla atenuadísimo*”, con lo que la injerencia del Ministerio Fiscal debería producirse “*ad casum*”, es decir, que el Ministerio Público debería ser designado específicamente en caso de existir incompatibilidad de intereses entre los menores, incapacitados o ausentes y las personas que respectivamente ostenten su representación legal.

³⁴ DA 6ª.6 y art. 777.5 de la LEC de 2000.

En cuanto a su actividad en los procesos matrimoniales en los que no concurren hijos menores o incapacitados o ausentes, su intervención será como “parte pasiva” en todos los actos constitutivos del proceso, si alguno de los cónyuges fuera menor, incapacitado o ausente, de acuerdo con la síntesis de la Circular de 15 de diciembre de

2. 2. Principios que informan el proceso de familia

Ya hemos señalado que la relevancia social de la familia, y concretamente del matrimonio, se ha articulado tradicionalmente regulando la existencia de la institución principal, el matrimonio, desde su origen hasta su disolución, pasando por normar los efectos de los cambios en el estado matrimonial y los procedimientos para establecerlos, si bien la crisis familiar puede no tener resonancia en el ámbito procesal si las partes deciden resolverla de forma privada y no se pone de manifiesto desprotección de menores alguna.

Entre las crisis de mayor magnitud procesal se encuentran las que producen un cambio respecto al estado matrimonial, es decir, las de separación, nulidad y divorcio, y que se entienden comprendidas en el ámbito procesal civil³⁶, además de otras como las que suponen la separación de hecho o la escisión de la pareja de hecho.

En virtud del interés público existente, no parece sorprendente que cuando se regulan los procesos de nulidad, separación y divorcio o de menores en la nueva LEC, se ignoren determinados elementos tradicionales del proceso civil patrimonial.

En el ámbito del derecho de familia y por lo tanto de los procesos matrimoniales, entran en juego intereses que ya no son únicamente

1986 realizada en la selección de circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado desde su inicio hasta 1990.

³⁵ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 728, se indica que el Ministerio Fiscal no debe actuar como un mero “dictaminador”, propugnándose del legislativo la regulación de la intervención del Ministerio Público. En la nueva Ley de enjuiciamiento civil, su intervención se regula en las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de los procesos de menores en los que se determine la guarda y alimentos para éstos, y mientras que en las medidas provisionales su actuación se limita a la evacuación de informe, en el proceso principal su actuación es de parte.

³⁶ BORRÁS, *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. Diario Oficial nº. C 221 de 16 de julio de 1998, págs. 0027 a 0064, <http://www.europa.eu.int/eur-lex>, pág. 8, apunta que en otros países los procesos matrimoniales pueden tener carácter administrativo, como es el caso de Dinamarca.

privados: los intereses públicos se superponen a los particulares, por lo que en ocasiones dejan de regir los principios tradicionales de libre disposición de los derechos privados³⁷, conformándose un tipo de proceso en el que el principio de necesidad domina, pese a tratarse de un proceso civil³⁸.

La existencia de un derecho vinculante en el marco de las relaciones privadas de los cónyuges, o de los formantes de la familia, que impida la libre disposición de los derechos en juego, implica que se encuentren afectados los principios imperantes en el proceso civil, regido tradicionalmente por el principio dispositivo, por lo que HERCE ha llegado a calificarlos como “juicios de interés público”, especiales respecto al proceso civil no propiamente por su forma, sino por sus principios rectores³⁹.

Dichos procesos matrimoniales y los de menores se encontrarían por ello en la “zona intermedia” que la doctrina ha señalado existe entre los procesos regidos por el principio de oportunidad, como son los procesos

³⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, ob. cit., pág. 13, indica que en el proceso en materia matrimonial y en otras cuestiones de estado la naturaleza de las relaciones jurídicas controvertidas impone divergencias sustanciales respecto a los principios básicos del proceso civil, por lo que se ha hablado de un proceso inquisitivo o mixto. En *Derecho Procesal civil*, vol. II, *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal y jurisdicción voluntaria*, Madrid, 8ª. ed., 1979, pág. 115 y 116, apunta que los principios de aportación de parte y dispositivo, propios, en la generalidad de los casos, del proceso civil, ceden el lugar aquí, a semejanza de lo que ocurre en el proceso penal –aunque no en la misma medida–, al principio de “oficialidad”.

Señala MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 49, que cuando los particulares carecen de autonomía de la voluntad desde la perspectiva del derecho material, por tratarse de normas imperativas, el proceso ha de acomodarse al principio de necesidad.

³⁸ CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., pág. 813, apunta que “*el Estado está no solamente interesado, como en todo proceso, en el mejor ejercicio posible de la función jurisdiccional, sino que lo está en las relaciones mismas que son objeto del proceso*”, por lo que se restringe el número de normas dispositivas, y se limita el principio dispositivo.

³⁹ HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II; *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*; Madrid, 8ª. ed., 1979, pág. 5.

FENECH, *Derecho procesal civil*; Madrid, 2ª. ed., 1986, pág. 76, indica que aunque estos procesos se adecuen a las normas del procedimiento ordinario de menor cuantía, en realidad constituyen una importante excepción, ya que los principios que rigen el proceso son distintos, que están sometidos al principio de legalidad y oficialidad, y en los que no se da derecho de disposición material ni el derecho de disposición procesal a las partes, y es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

civiles de contenido patrimonial, y aquellos otros en los que el principio de necesidad impera totalmente, es decir, el proceso penal por delitos públicos, situándose junto al proceso penal por delitos privados y semiprivados, y se podrían calificar como de procesos no dispositivos⁴⁰ o cuasi-inquisitivos⁴¹ o incluso inquisitivos⁴², si bien la denominación más correcta parece la de no dispositivos, puesto que el principio inquisitivo tampoco extiende su imperio en todo el ámbito del proceso⁴³.

Los procesos no dispositivos se encuentran afectados en buena parte por el principio inquisitivo, si bien los particulares ostentan todavía cierto poder sobre la cuestión material, patente principalmente en la facultad de iniciar el proceso, que se atribuye en exclusiva a los cónyuges o progenitores, excepto en lo relacionado con la acción de nulidad, y también existen otros elementos que por su naturaleza siguen estando bajo la voluntad de las partes, y que vinculan al juez, como lo relativo a la pensión compensatoria (STS. 2/12/1987, ED 87/8926).

Precisamente el interés público no afectará a todos los elementos del proceso de familia, ya que entre los diferentes objetos procesales que se tramitan en un pleito de familia, y concretamente y sobre todo en el

⁴⁰ MONTERO AROCA, *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*; Madrid: 1979, 2ª. ed., pág. 218, MONTERO AROCA, *Los procesos...* ob. cit., 1997, pág. 39 y ss., y MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells, Gómez Colomer y Montón Redondo), Tomo I; Valencia: 1997, pág. 307. En la misma línea, distingue los procesos dispositivos especiales establecidos en la nueva ley de enjuiciamiento civil de los no dispositivos, entre los que se encontrarían los matrimoniales y de menores. *El nuevo proceso...*, ob. cit., pág. 37.

⁴¹ También se les ha calificado como cuasi-inquisitivos; así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, *La intimidad de los datos fiscales...* ob. cit., pág. 27., e incluso semi-públicos.

⁴² GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II..., ob. cit., pág. 116 señala que se trata de procesos de cognición especiales, o de diversas formas de un proceso civil inquisitivo.

⁴³ Señala MONTERO, *Los procesos...*, ob. cit., pág. 53, que los procesos matrimoniales se encuentran afectados por la publicización de algunas normas de derecho civil que los regulan, publicización de grado menor que la existente en el campo penal, lo que supone que estos procesos no sean dispositivos, y que aunque se mantengan las mismas normas procedimentales que en el proceso dispositivo, los principios procesales serán distintos, al igual que GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, vol. II..., ob. cit., pág. 115.

matrimonial, existen cuestiones desprovistas de interés público y que únicamente afectan a la esfera privada patrimonial, por lo que pueden seguir rigiéndose por principios completamente dispositivos, como es el caso de la aludida pensión compensatoria, que si bien se encuentra afectada en cierto modo por la socialización del derecho privado por derivar de la solidaridad entre los cónyuges, tiene un régimen de contenido intrínsecamente patrimonial⁴⁴.

SERRA describe la heterogeneidad del objeto procesal del proceso matrimonial, y se refiere a tres distintos contenidos de la sentencia, y, consecuentemente, a tres grupos de pretensiones: la pretensión matrimonial, que constituye la principal del proceso; las pretensiones de carácter económico, y las pretensiones relativas a los hijos. Estas tres pretensiones serían *totalmente distintas entre sí, respondiendo a principios diversos y reclamando soluciones igualmente dispares*⁴⁵.

En el mismo sentido, en el apartado XIX de la Exposición de motivos de la nueva Ley de enjuiciamiento civil se indica que en estos procesos “no rige el principio dispositivo o debe ser matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal”, y en el artículo 751 se apunta que en estos procesos no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, mientras que el desistimiento requerirá la conformidad del M. Fiscal salvo en los procesos de separación, divorcio y algunos casos de nulidad.

Sin embargo, esta excepción a la influencia del principio dispositivo se ve limitada en el apartado tercero del mismo artículo, introducido en Comisión del Congreso, en el que se dispone que las pretensiones que

⁴⁴ En relación con el sistema alemán, apunta LEIBLE, *Proceso civil alemán*; Medellín (Colombia): 1999, pág. 479 y 483 que, mientras que en el procedimiento matrimonial se limita la aplicación del principio dispositivo, en las otras causas de familia distintas de la matrimonial, como la que versa sobre alimentos de los hijos matrimoniales, alimentos al cónyuge o régimen económico matrimonial, rigen los preceptos generales del proceso civil recogidos en la ZPO.

⁴⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, «El objeto del proceso matrimonial», en *Justicia* 83, n.º. 1, pág. 48.

tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente si estarán dominadas por dicho principio dispositivo, y que la renuncia, allanamiento, transacción y conformidad surtirán efectos. En la misma línea, en el apartado cuarto del artículo 752, relativo a la prueba, que tiene el mismo origen, se excluye la aplicabilidad de las normas especiales de prueba a las cuestiones sobre las que las partes puedan disponer.

De esta forma, en relación con la nueva regulación, habrá de distinguirse entre las cuestiones sobre las que las partes tengan poder de disposición “según la legislación civil aplicable” y entre el resto de cuestiones, sobre las que el principio dispositivo no ejercería influencia⁴⁶.

a) La pretensión matrimonial.

En cuanto a la pretensión principal, que consiste en un pronunciamiento relativo a la modificación del estado matrimonial, ya sea pretendiendo la nulidad, la separación o el divorcio, las partes no tienen poder de disposición sobre el derecho material, pues la obtención de uno de estos pronunciamientos no depende únicamente de la voluntad de los cónyuges, sino que el juez se encuentra obligado a vigilar la concurrencia de las causas legales esgrimidas de nulidad, separación o divorcio, tasadas normativamente, y entre las que no se encuentra el libre consentimiento de los cónyuges.

Como consecuencia de esta falta de disponibilidad no surtiría efecto la renuncia y el allanamiento, y únicamente el desistimiento de las partes tendría eficacia procesal, tal como se recoge en el artículo 751.2. LEC de 2000⁴⁷, y normas relativas a la valoración de la prueba se hacen inoperantes, tal como se establece en el artículo 752.2⁴⁸.

⁴⁶ De acuerdo con GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez); Madrid: 1997, pág. 297 y ss., un proceso civil está regido por el principio dispositivo cuando en él concurren las notas de a) poder de disposición sobre el derecho material, b) poder de disposición sobre la pretensión, y c) vinculación del órgano jurisdiccional a la pretensión.

⁴⁷ En cuanto a la regulación vigente, entendemos que ocurre lo mismo: En cuanto a la primera de las cuestiones, la disposición sobre el derecho material, lo cierto es que las

b) Pretensiones económicas que no afecten a menores

Las pretensiones económicas que no afecten a los hijos menores de edad son un segundo grupo de pretensiones en las que el principio dispositivo rige, pues entendemos que la legislación civil otorga a las partes poder de disposición sobre ellas, aunque con alguna limitación en el proceso matrimonial, pues al juez se le otorga un poder de supervisión de los acuerdos a los que las partes lleguen, con el fin de que no sean “gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges” (art. 90 C.c., relativo al convenio regulador de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, aplicable también en las relaciones patrimoniales en los procesos contenciosos, en los que es posible el acuerdo de los cónyuges respecto de las medidas complementarias al pronunciamiento principal)⁴⁹.

El reconocimiento de esta potestad judicial en un campo que se podría definir como completamente privado, en la medida en que se refiere a las relaciones patrimoniales de mayores de edad, materia que entendemos exenta del interés social o público que fundamenta la desviación de los

partes no pueden establecer modificaciones del estado matrimonial sin la concurrencia de la jurisdicción, ya que, de acuerdo con las normas civiles, es preciso, para la obtención de la nulidad, separación o divorcio, un pronunciamiento judicial (art. 89 C.c.), por lo que el proceso matrimonial se encuentra regido por el principio de necesidad. VILLAGÓMEZ; «Consideraciones sobre...», ob. cit., pág. 478.

⁴⁸ Así, CHIOVENDA, *Principios...*, ob. cit., tomo II, pág. 813 y ss., apunta que en los procesos sobre estado viene limitada la aplicación del principio dispositivo, y que como consecuencia de ello, la eficacia de la confesión judicial no vincula en todos los casos, así, no vinculará la confesión del motivo de separación, mientras que la confesión sobre elementos que favorezcan la supervivencia del matrimonio, reconocimiento de hijos, etc., sí tienen eficacia.

En el mismo sentido, y en relación con el derecho alemán, LEIBLE, *Proceso civil alemán...* ob. cit., pág. 479, señala que el principio inquisitivo rige únicamente para los hechos favorables al mantenimiento del vínculo matrimonial.

⁴⁹ En la sentencia de la AP Madrid de 3 de marzo de 1998 (AC 1998/449), se indica que el derecho a la pensión por desequilibrio económico está afectada por el principio dispositivo, y que ha de entenderse renunciado si no se ejercita de modo expreso, siguiendo la doctrina señalada por el Tribunal Supremo en la Sentencias de 2 de diciembre de 1987, (ED 87/8926).

principios del proceso civil patrimonial, únicamente se puede justificar por la existencia de un interés social en la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges tras la crisis⁵⁰, que en la actualidad

En la STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9430) se declara incongruente una sentencia por pronunciarse sobre el carácter ganancial de ciertos bienes sin haberse solicitado.

⁵⁰ El poder de disposición de los cónyuges en la concreción de las medidas con anterioridad a la separación o al mismo matrimonio se encuentra muy limitada en nuestro ordenamiento, al contrario que en derechos como el estadounidense, los pactos prematrimoniales no tienen validez en nuestro ordenamiento, fuera de las disposiciones que se puedan adoptar en lo relativo al régimen económico matrimonial en capitulaciones, mas quizá sería positivo la introducción de cierta eficacia de dichos acuerdos, al menos en el orden económico. En cuanto a las medidas de contenido patrimonial, el principio de necesidad imperante respecto a la determinación de la separación, nulidad o divorcio y su vinculación legal a los efectos de la crisis matrimonial, impedirían la regulación de dichos efectos privadamente, a salvo la posibilidad de acordar, una vez iniciado el proceso, aquellos efectos patrimoniales que no tengan relevancia respecto a los hijos menores. En este sentido, los pactos de separación de hecho no son vinculantes una vez iniciado un proceso de nulidad, separación o divorcio. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1997 (ED 97/2156) se indica que el acuerdo entre las partes sobre adjudicación de bienes es un negocio jurídico de derecho de familia, y que para su efectividad como convenio regulador requiere aprobación judicial, y en la sentencia de la AP Barcelona de 27 de mayo de 1993, siguiendo la doctrina de la sentencia de la misma Audiencia de 9 de abril de 1990 se atribuyó a un convenio regulador no aprobado judicialmente valor únicamente probatorio. TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar*; Valencia: 1999, pág. 88.

En los Estados Unidos, a partir de la década de los años sesenta, la tendencia a conceder a los ciudadanos poder de control sobre sus relaciones personales se ha incrementado, lo cual es de fácil apreciación en lo relativo a los acuerdos antenupciales. Con anterioridad al caso Posner versus Posner, los acuerdos antenupciales que regularan alimentos o el pago de una cantidad al cónyuge en caso de divorcio eran inválidos, y sólo tenían valor probatorio, sin fuerza vinculante para la corte, y dicha invalidez tenía su origen en la inmoralidad de unos pactos que incitaban al divorcio (Moats v. Moats, 168 Colo.120, 450 P.2d 64 (1969); Krejci v. Krejci, 191 Neb. 698, 217 N.W. 2d 470 (1974)). El citado caso Posner v. Posner (233 So.2d 381 Florida 1970) fue el inicio de una corriente permisiva de este tipo de acuerdos; la corte consideró en este caso que el Estado había atenuado su posición al divorcio, con el efecto de permitir acuerdos prematrimoniales que incluyeran compensaciones al cónyuge y regulación de los derechos de propiedad tras el divorcio, que se fue extendiendo a otros Estados, si bien en algunos de ellos, en sus estatutos, se excluye la validez de los acuerdos que releven del deber de mantener. En resumen, para que un acuerdo antenupcial fuese válido debería ser honesto, basado en un conocimiento completo de los recursos económicos de los contratantes, y que previera una adecuada provisión en vista de las necesidades de éstos, tanto en el momento de realizarse el acuerdo como en el futuro, y no podrá versar sobre cuestiones establecidas por la ley que no puedan ser modificadas (sería inválido un acuerdo que incluyera la obligación de divorciarse, o la de no divorciarse, o que regulara las relaciones sexuales, o que impidiera que los hijos de alguno de los cónyuges conviviera con éstos...). CLARK, *The law of domestic...*, ob. cit., págs. 1 a 17.

En Alemania es posible excluir expresamente en las capitulaciones matrimoniales la pensión compensatoria, mas es inválido si en el plazo de un año desde la celebración se

entendemos inexistente⁵¹, y no se da en absoluto en los procesos que entablen los convivientes.

Consideramos que las cuestiones patrimoniales entre cónyuges y convivientes se encuentran afectadas por el principio dispositivo, por lo que será eficaz la renuncia, desistimiento, transacción y allanamiento que las partes realicen en relación a ellas, y ello es apoyado por lo dispuesto en el art. 770 de la nueva LEC, en el que se hace referencia a estas cuestiones en la enumeración de aquellas sobre las que el principio inquisitivo influye permitiendo que el tribunal acuerde de oficio las pruebas que estime necesarias.

c) Cuestiones relativas a los hijos

En el tercer grupo de pretensiones, las relativas a los hijos, entendemos que hay que distinguir a efectos de eficacia del principio dispositivo entre cuestiones relativas a menores y cuestiones que afecten a mayores de edad, y que en relación con las primeras el juez ha de tener presente la búsqueda del interés del menor, dejándose de lado el principio dispositivo, mientras que cuando éstos son mayores de edad, las relaciones

interpone demanda de divorcio, de acuerdo con lo contenido en el artículo 1408.2 del BGB. Esta limitación indica claramente que la voluntad del legislador es conceder eficacia a la voluntad de los cónyuges en este sentido siempre que la voluntad excluyente no esté relacionada con una crisis matrimonial latente.

La jurisprudencia italiana no admite acuerdos sobre efectos patrimoniales y personales de un eventual divorcio, porque ello podría incidir sobre el ejercicio de un derecho indisponible, o comportar una renuncia parcial a derechos patrimoniales, y el convenio regulador en la separación consensual precisará para su validez de su acompañamiento por el decreto de homologación judicial. AULETTA, *Il diritto...*, ob. cit., pág. 231 y 232, y FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*; Milano (Italia): 1997, pág. 311.

⁵¹ Sólo se justificaría la intervención judicial en relación con esta cuestión en aquellas situaciones en las que el sistema patrimonial establecido por los cónyuges fuera producido por móviles espurios (por ejemplo, a cambio de la custodia del hijo menor, uno de los cónyuges se obliga a pagar al otro una pensión compensatoria desorbitada), casos en los que entendemos que el cónyuge sometido a la injusticia o desproporción tendría recursos para hacerlo patente y evitar la efectividad de los acuerdos, esto es, ejerciendo una acción de nulidad, o argumentando un enriquecimiento injusto. Entendemos, de acuerdo con SERRA DOMÍNGUEZ, «El objeto del proceso matrimonial...», ob. cit., pág. 57, que el juez debería de dejar de pronunciarse sobre el punto de que se trate.

patrimoniales y personales de padres e hijos se rigen por el principio dispositivo.

En relación con las medidas atinentes a los menores de edad, el juez no se encuentra sujeto a ninguna limitación procesal, estando además sometido a la búsqueda del interés del menor. La norma obliga al juez a pronunciarse sobre los menores; el principio de necesidad rige sus efectos, pues los padres no tienen el poder de disposición sobre el derecho material ni procesal, y el juez ha de pronunciarse sobre las medidas en beneficio de los menores aunque ello no le haya sido solicitado por las partes, tal como se indica en la sentencia del TS de 14 de mayo de 1987⁵², y el tribunal puede acordar de oficio las pruebas que estime necesarias si se refieren a hechos de los que dependan los pronunciamientos que afecten a los menores, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 770.4º.

Esta influencia del principio inquisitivo en las cuestiones sobre menores ha llevado al legislador a establecer un nuevo proceso de familia, llamado “de menores”, cuyo objeto consistiría en la determinación de las potestades de guarda y custodia y de la obligación de alimentos para los hijos menores de edad, proceso en el que, por versar sobre cuestiones no disponibles, no surtiría efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, precisándose para el desistimiento la conformidad del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 751.2 de la LEC de 2000⁵³.

En cuanto a las cuestiones relativas a los hijos mayores de edad, que no tenían relevancia en el proceso de familia con anterioridad al año 1990,

⁵² La Ley 87 8189R. VEGA SALA, *Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio*, en *Los procesos en los Juzgados de familia*; Barcelona: 1993, pág. 18, apunta que las relaciones paternofiliales se consideran unánimemente de orden público, mientras que las relaciones entre esposos no se encuentran sujetas completamente a él.

⁵³ En el mismo artículo, apartado 3, se establece que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo cuarto del Título primero del Libro primero de esta Ley”, donde se preceptúa que es posible disponer del objeto del proceso mientras ello no sea prohibido o limitado por la ley.

en el que se incluyó en el Código civil la obligación legal de procurar alimentos a los hijos mayores de edad, entendemos que si bien en el proceso matrimonial o en el de la ruptura de la pareja de hecho se pueden establecer alimentos para los hijos mayores de edad, ello no implica su emparejamiento a la medida de alimentos para menores de edad en cuanto al régimen aplicable, pues en su determinación no rige el principio de búsqueda del interés del menor⁵⁴.

2. 3. La acumulación de objetos en los procesos de familia

Una vez hecha la distinción entre estos distintos tipos de objeto procesal, se podría entender que dada la diversa sujeción a los principios procesales de las pretensiones, éstas deberían resolverse en distintos procedimientos, sin embargo, al menos en lo relativo al proceso matrimonial, el ordenamiento obliga a la acumulación de las pretensiones.

En relación con los procesos de familia expresamente regulados, el ordenamiento obliga a la acumulación de objetos procesales, entendemos que como una consecuencia más de la influencia del interés público existente en esta clase de procesos. Por el contrario, en relación con otras crisis familiares, la acumulación no está prevista, y nos planteamos la posibilidad de que acciones o procesos distintos del matrimonial puedan acumularse.

⁵⁴ En la sentencia de la AP Barcelona de 14 de abril de 1998 (ED 98/3909) se distinguen los alimentos a los hijos mayores de los correspondientes a hijos menores en el pleito matrimonial: mienta que la concesión a los hijos menores no lleva aparejado requisito alguno, y se concede de oficio, los alimentos para mayores se justifican si, además de coincidir la petición con la ruptura y probarse la convivencia y la necesidad, se solicitan al juzgado, por no poder otorgarse de oficio, y la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995, pág. 734, remarca que el Ministerio Fiscal no debe entrar a examinar los pactos sobre alimentos para hijos mayores de edad, ni su lesividad, debiendo hacerlo *“sino en tanto en cuanto pueda afectar a las personas cuyos intereses ha elevado el legislador a la categoría de interés público encomendando su defensa al Ministerio Fiscal”*.

a) La vinculación de objetos en los procesos matrimoniales

El objeto del proceso de ruptura de la familia matrimonial es complejo, es decir, que se encuentra configurado por la suma de diversos objetos procesales, unidos a su vez por vínculos de diferente naturaleza: junto al objeto principal, consistente en la obtención de un pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial, existen otros a través de los que se pretenden diferentes pronunciamientos sobre los efectos de la influencia del proceso sobre la relación familiar⁵⁵.

En nuestro proceso matrimonial es preciso, junto al pronunciamiento principal sobre el vínculo, al menos un pronunciamiento relativo a los hijos menores de edad, regulando su situación de guarda, de patria potestad, así como de alimentos. En lo relativo a estos asuntos, el principio de interés del menor sustituye completamente a los principios tradicionales del proceso civil, encontrándose el juez libre de toda limitación procesal en la búsqueda de dicho interés.

Será preciso entonces que exista una decisión judicial sobre cuestiones que afecten a los menores, tales como el uso de la vivienda familiar y el ajuar, mientras que el pronunciamiento sobre estas cuestiones en caso de no existir hijos menores, así como acerca de la pensión compensatoria o de la liquidación del régimen económico matrimonial entrará a formar parte del objeto del proceso únicamente si uno de los cónyuges lo introduce, en cuyo caso el juez deberá pronunciarse sobre ellos⁵⁶, lo cual es similar a lo recogido en el sistema alemán, en el que es

⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*; Madrid: 2000, pág. 39, se refiere a la acumulación de las cuestiones matrimoniales y de las medidas como a una pluralidad de acciones acumuladas por voluntad del legislador.

⁵⁶ En el artículo 90 del Código civil se recogen los extremos sobre los que debe versar el Convenio regulador, y en sus apartados D) y E) incluye la liquidación del régimen económico y la pensión compensatoria, señalando que su inclusión será eventual, con las expresiones “en su caso” y “cuando proceda”. Por otra parte, en los artículos 91 y siguientes, relativos al proceso contencioso, se recoge un diverso grado de necesidad de pronunciamiento dependiendo de la naturaleza de la medida, siendo la de pensión compensatoria o de liquidación del régimen económico matrimonial de menor importancia. De hecho, la liquidación del régimen económico en la práctica se realiza en

necesario que al pronunciamiento principal sobre el vínculo lo acompañen otros sobre las cuestiones derivadas, “Folgesachen”, que son las relativas a los menores y a la compensación económica entre cónyuges, mientras que cuestiones como los deberes alimenticios y la disolución del régimen económico matrimonial pueden tratarse en el proceso matrimonial, pero no de forma obligatoria⁵⁷.

Consideramos que la necesaria vinculación de la pretensión principal del proceso matrimonial y las cuestiones sobre medidas, es decir, la necesaria obtención junto al pronunciamiento sobre el vínculo matrimonial de otros pronunciamientos sobre efectos o medidas es una manifestación más de la influencia del principio inquisitivo en estos procesos, si bien se permite que los acuerdos de los cónyuges tengan alguna autoridad.

Entendemos además que, dado que las pretensiones son distintas, de diversa naturaleza, y afectadas por diferentes principios, desestimada la pretensión principal, las restantes pueden requerir soluciones distintas, siempre que no dependan para su existencia del pronunciamiento principal: rechazada la demanda de separación o divorcio, no es posible establecer una pensión compensatoria, que se basa legalmente en la existencia de uno

un procedimiento independiente y posterior al matrimonial, y que la pensión compensatoria tiene un carácter rogado.

Por otra parte, en el artículo 90 del Código civil se indica la posibilidad de determinar en ejecución de sentencia las medidas patrimoniales, lo que hace patente la disponibilidad de estas pretensiones.

⁵⁷ Señala SCHWAB, *Droit de la famille et jurisdiction en Allemagne*, en *Familles et justice*; (Meulders-Klein dir.); Paris: 1997, pág. 109, que la formulación del principio de vinculación entre el divorcio y los efectos del divorcio implica la concepción de la disolución del matrimonio y sus consecuencias como un hecho complejo formante de un todo; los esposos deben recibir a tiempo una imagen de lo que el divorcio significa para ellos, lo que recoge la esperanza del legislador de impedir divorcios irreflexivos.

LEIBLE, *Derecho...*, ob. cit., pág. 485, apunta que, la vinculación puede hacerse voluntariamente por los cónyuges, si bien en relación con las medidas relativas a los hijos y la pensión compensatoria puede vincularse de oficio. Como consecuencia de la vinculación, la sentencia recogerá las resoluciones pertinentes, y, si la petición de divorcio es rechazada, las causas consecuentes pierden su objeto. En general, el procedimiento vinculado se rige por las prescripciones que rigen para el procedimiento principal, pero que, cuando las causas consecuentes deban tramitarse por el procedimiento de la jurisdicción voluntaria, deben aplicarse las prescripciones de ésta modificadas, de acuerdo con el párrafo 621. I ZPO.

de estos pronunciamientos, al igual que la indemnización al cónyuge de buena fe en el de nulidad; sin embargo, pueden ser dictadas medidas tales como las relativas a la guarda de los hijos o alimentos para éstos incluso aunque los progenitores no lo soliciten, o contribución a las cargas o alimentos para el cónyuge si así se demanda.

Además de las pretensiones principales que puedan conformar un completo objeto del proceso matrimonial, desde la consideración del proceso cautelar o de la tutela provisional, se podría entender que existe un objeto procesal determinado por la pretensión de obtención de una regulación jurídica para un tiempo limitado por la eficacia de la resolución definitiva.

Nos planteamos si estas medidas provisionales tienen carácter facultativo en el proceso de familia, es decir, si su introducción ha de hacerse por alguna de las partes para que el juez pueda pronunciarse sobre ellas, y si su régimen se encuentra afectado por el principio dispositivo.

La pretensión de medidas provisionales estaría a su vez formada por la suma de una serie de efectos regulados en el artículo 102 C.c. (efectos) y de pretensiones de contenido patrimonial, otras de contenido personal y otras medidas que afecten a los hijos menores, que se regirán por unos principios procesales diversos, análogamente a las pretensiones principales, a las que sirven en una relación de instrumentalidad, si bien en esta relación guardan cierta autonomía, como señala GIMENO⁵⁸.

Respecto de las medidas del artículo 102, llamadas “efectos”, es claro que su inclusión en el proceso de familia es automática –siempre que a la presentación de la demanda de divorcio o nulidad no haya precedido una de separación, caso en el que los efectos ya se habrán producido con anterioridad-, y que la voluntad de las partes no influye directamente en su

⁵⁸ GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez); Madrid: 1997, pág. 133, se refiere a la pretensión cautelar, instrumental de otra principal declarativa, constitutiva o de condena, que mantiene cierta autonomía, pues los requisitos materiales para una y otra pretensión no coinciden, pueden incluso adoptarse sin contradicción y se agotan con la adopción de la medida cautelar.

producción, mientras que respecto al resto de las medidas habrá de distinguirse aquellas relativas a los menores, en los que la desvinculación del principio dispositivo es patente, del resto de medidas, cuya incorporación al proceso dependerá de la demanda de los cónyuges⁵⁹, además de que no concurra una regulación definitiva sobre la misma cuestión: las medidas provisionales se otorgan cuando existen un determinado peligro en la tardanza, lo que impide su concesión cuando existiere una regulación anterior definitiva, por lo que no se puede afirmar que su inclusión como parte del objeto del proceso sea preceptiva salvo que no exista una regulación definitiva anterior y que existan menores que se pudieran ver afectados por los efectos del proceso de familia.

Así, entendemos es absolutamente necesaria la adopción de medidas provisionales en caso de existir hijos menores, mientras que, de no haberlos, fuera de los efectos producidos automáticamente al presentarse la demanda, la vinculación entre medidas provisionales y proceso no se manifiesta, pese a lo dispuesto en el artículo 103 del Código civil, lo que apuntaría a un necesario otorgamiento de las medidas (“admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes..”).

b) La acumulación de acciones y procesos no matrimoniales

En principio, y de acuerdo con los artículos 153 y siguientes de la LEC, será posible la acumulación de acciones en tanto no se excluyan mutuamente, cuando deban ventilarse en juicios de diferente naturaleza o cuando el juez sea incompetente por razón de la materia o la cuantía, con lo que se podrían acumular en el mismo pleito ante el juez de primera instancia las cuestiones relativas a la patria potestad, régimen de visitas, guarda de los

⁵⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, «El objeto del proceso matrimonial...», ob. cit., pág. 55, afirma que la formulación de las medidas provisionales es facultativa, mas entendemos que ello es así sólo respecto de las medidas que no afecten a los menores de edad y siempre que no exista regulación definitiva anterior de las medidas, caso en el que únicamente procedería la modificación de éstas.

hijos, alimentos, así como aquellas otras de contenido económico que afecten a la unión no matrimonial, es decir, el establecimiento de una pensión o indemnización, o la liquidación de la comunidad que hubieran podido constituir.

Sin embargo, en aquellas localidades en las que exista Juzgado de Familia –que no es otra cosa que un Juzgado de Primera Instancia especializado en determinados asuntos- no será posible la acumulación objetiva de acciones, por falta de competencia objetiva de dicho Juzgado por razón de la materia, pues, como señala FONS RODRÍGUEZ, es requisito para la acumulación de acciones la compatibilidad de las pretensiones, para lo cual es necesario que el Juez sea competente⁶⁰.

El Real Decreto 1.322/1981 de 3 de julio, creador de los primeros Juzgados de Familia, y los posteriores acuerdos del CGPJ adscribiendo a determinados juzgados la competencia en materia de familia atribuyeron a dichos Juzgados la competencia para conocer de las cuestiones contempladas en los Títulos IV (matrimonio) y VII (relaciones paternofiliales) del libro I del Código civil además de las competencias que atribuya la ley⁶¹, lo que implica la limitación de su competencia a los asuntos sobre relaciones paternofiliales o matrimonio, excluyéndose de su conocimiento cuestiones como las relaciones entre los exconvivientes, tal como se ha señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶².

⁶⁰ FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva...*, ob. cit., pág. 48.

⁶¹ En alguna ocasión el CGPJ ha creado en ocasiones Juzgados de Familia con una competencia más limitada: así, en los acuerdos de 6 de noviembre de 1990 y 16 de enero de 1991 se determinó que el juzgado de primera instancia nº. 3 de Valladolid se dedicaría a “los asuntos propios de los Juzgados de Familia”, que serían únicamente las actuaciones del título IV del Código civil. En otros acuerdos se refiere simplemente a los asuntos propios de los Juzgados de Familia, o a las competencias que señalaba el real decreto además de aquellas cuestiones que le sean asignadas por las leyes, y, por otra parte, la disposición final de la ley 30/81 se refiere a las funciones atribuidas en la presente ley a los de Primera instancia, siendo estas funciones las de solventar los procesos matrimoniales. VALENCIA MIRÓN, *Juzgados de familia, juzgados de primera instancia especializados y normas de reparto*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastián: 1991, pág. 100 y 101.

⁶² La STS de 8 de marzo de 1993, ED 93/2306, indicó que la competencia del juzgado de familia es exclusiva y excluyente, abarcando las actuaciones previstas en los títulos IV y

Por ello, en aquellos partidos en los que no exista Juzgado de Familia, el juez de primera instancia será competente para conocer de todas las cuestiones relacionadas con la familia no matrimonial que se le presenten⁶³, mientras que en aquellos otros en que exista, éste sólo será competente para el enjuiciamiento de las acciones previstas en el título VII del libro I del Código civil, relativo a las relaciones paternofiliales.

Este resultado es claramente absurdo, dado que las medidas que se determinen en los diferentes Juzgados estarán recíprocamente condicionadas⁶⁴, y se puede conculcar la máxima de protección al menor y a la familia, así como de no discriminación de los hijos matrimoniales contenidas en nuestra Constitución⁶⁵.

VIII, Libro primero del C.c.; y sentencia del TS de 2 de junio de 1994, ED 94/5079, en la que se indica que la atribución competencial a los Juzgados de Familia es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer dichos juzgados otras materias que las explicitadas, y, en concreto, no pueden conocer de las cuestiones sobre régimen económico matrimonial y sociedad ganancial, así como HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales, en Consecuencias...*, ob. cit., pág. 540 y ss., PÉREZ VALLEJO, y CACENAVE RUÍZ, *Las parejas de hecho, situación legal de los hijos extramatrimoniales, en Parejas de hecho: curso de verano de la universidad complutense en Almería*; Granada: 1996, pág. 111, y FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*; Barcelona: 1998, pág. 155 y ss.

⁶³ A. de la AP Madrid de 17 de septiembre de 1996, AC 1996/2556.

En relación con la posible diferente competencia territorial para conocer de las diferentes acciones relativas a las relaciones entre los exconvivientes y sus descendientes, señala HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales, en Consecuencias...*, ob. cit., pág. 548 y ss., que, de acuerdo con lo indicado por la STS de 19 de febrero de 1993, ED 93/1594, que interpreta el artículo 154.2º. de la LEC, la determinación de la competencia territorial en caso de existir acumulación de acciones se realizará siguiendo el fuero competencial de la acción principal, y que en estos casos de familias paramatrimoniales ésta será la relativa a la custodia de los menores, en virtud de la primacía del interés del menor, principio recogido en nuestra Constitución expresamente, así como en las diferentes disposiciones concernientes a éstos, y más concretamente en la L.O. 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

⁶⁴ Señala además HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales, en Consecuencias...*, ob. cit., págs. 539 y ss., que, en todo caso, esta problemática se debería solucionar por la vía legislativa, y no analógica. LÓPEZ-MUÑOZ, *Las uniones paramatrimoniales...*, ob. cit., pág. 302, defiende que la competencia sobre los pleitos entre convivientes corresponda a los jueces de familia, y en su defecto, a los de primera instancia, por ser Juzgados especializados y con mayor experiencia en la materia.

⁶⁵ El sistema alemán era aún más sorprendente: los tribunales de familia no eran competentes para conocer de asuntos relacionados con hijos no matrimoniales, cuestión

2. 4. La autonomía de la voluntad en los procesos de familia

En la práctica se observan desde el plano normativo o jurisprudencial cuatro grados de protección jurídica a la familia, dependiendo de su naturaleza; así, el primer grado o de máxima protección, correspondería a las familias de carácter matrimonial; el segundo, a aquellas de origen no matrimonial con hijos, esto es, familias monoparentales y familias paramatrimoniales; en un tercer grado, las parejas de hecho heterosexual, y en un cuarto grado, las parejas de hecho homosexuales.

Parece que la protección de estos núcleos familiares tiene su razón de ser en el diverso grado de interés público en la protección de dichos grupos, además de la tradición de determinadas formas familiares, como las que tienen su origen en el matrimonio, por su importancia social y económica⁶⁶.

criticada, como señala SCHWAB, *Droit de la famille et juridiction en Allemagne*, en *Familles et Justice*, (Meulders-Klein dir.); Paris: 1997, pág. 109 y 110, por la Corte Constitucional alemana (BundesVerfassungsgericht), que puso de manifiesto la discriminación relativa a la competencia y al procedimiento e indicó al legislador la necesidad de una revisión normativa, la cual se ha producido por medio de las leyes de 6 de abril de 1998 sobre Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder (Kindesunterhaltsgesetz), de 4 de mayo de 1998 sobre Neuordnung des Eheschließungsrecht (Eheschließungsrechtsgesetz) y de 16 de diciembre de 1997, sobre Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz), que entraron en vigor el 1 de julio de 1998. A través de ellas, se ha declarado la competencia del Juez de Familia para conocer de las cuestiones relativas a los hijos no matrimoniales, e incluso se ha reconocido la posibilidad de adoptar medidas provisionales en los procesos que se entablen, según indica KÜNKEL, «Neue Zuständigkeiten des Familiengerichts ab 1.7.1998»; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1998, 14, pág. 877 y ss. BÜTTNER, «Änderungen in Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz»; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1998, 10, pág. 585, destaca la heterogeneidad procedimental que la nueva normativa ha otorgado a los procesos de familia.

⁶⁶ Además de ser el núcleo social en el que se reproducen físicamente los individuos, o el régimen básico de organización de la economía, la familia es el foco principal de educación de los individuos en sociedad, donde se inculcan los valores y se regenera el tejido social cada generación. Problemas actuales de gran relevancia en tanto que producen gran impacto al ciudadano, como señala IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I; Madrid: 1994, pág. 536 y 543, tales como pueden ser la violencia urbana, la delincuencia juvenil o la difusión de las toxicomanías, se asocian cada vez más con el funcionamiento del grupo familiar. Toda jerarquía axiológica tiene en última instancia su origen en la educación familiar, según indica el mismo autor, que constituye el mejor antídoto para la anomia y la desorganización social. El mismo autor indica en «La protección de la familia en España», *Papeles de economía española*, 1998, n.º. 77, pág. 224 a 226, que la protección

El interés público consistía fundamentalmente en la perpetuación de la especie y de la sociedad, tradicionalmente considerada viable sólo o esencialmente a través del matrimonio. La característica de la matrimonialidad ha ido protagonizando la institución familiar, llegando a un punto en el que los términos familia y familia matrimonial han llegado a ser lo mismo⁶⁷, aunque la evolución social de los últimos decenios ha supuesto un apartamiento del sistema usual de familia matrimonial, patente en la proliferación de descendientes no matrimoniales.

Dicho interés público justifica la extensión de éste a los procesos de familia en general, en los que su presencia, como hemos señalado, provoca una configuración autónoma de los principios y elementos del proceso civil patrimonial, dispositivo por naturaleza, y sitúa a éstos procesos en una zona intermedia entre los procesos dispositivos y los inquisitivos.

Sin embargo, la inaplicabilidad de los principios del proceso civil dispositivo sólo debe producirse en relación con aquellas pretensiones sobre las que el interés público sea patente y se haya determinado expresamente. Éste es el caso de las pretensiones sobre el vínculo matrimonial y de las referidas a descendientes menores de edad, como señala VEGA SALA⁶⁸, por lo que solamente las circunstancias relacionadas

social a la familia puede justificarse apelando a múltiples razones, entre ellas, el alto valor que tiene entre los ciudadanos, la relevancia instrumental de la familia como trama de solidaridades, sobre todo en el contexto de la crisis económica y de empleo, difícilmente sustituible por el Estado como prestadora de servicios a menores, ancianos, parados, enfermos crónicos, minusválidos o drogadictos...se la ha llegado a calificar como agente y colaborador del Estado en la consolidación del bienestar social. En este sentido, señala que el Consejo de Ministros responsables de Asuntos Familiares de la Unión Europea en 1989 reconoció en su reunión de 29 de septiembre de 1989 la importancia de la protección familiar, legitimada en el reconocimiento de hechos objetivos y, no tanto, en bases ideológicas.

⁶⁷ SANZ MARTÍN, «La familia...ob. cit., pág. 416, indica que el concepto de familia actual se articula bien sobre el matrimonio bien sobre el parentesco procedente del matrimonio.

⁶⁸ VEGA SALA, *Matrimonio: procesos de nulidad...*, ob. cit., pág. 18, señala que en la familia hay dos tipos de relaciones, las horizontales, entre los cónyuges, y las verticales, entre los cónyuges y los descendientes, sujetas únicamente estas últimas al orden público, consideración con la que no coincidimos, ya que la pretensión principal está afectada por el principio inquisitivo, ya que salvo notas dispositivas como la eficacia de la renuncia o del desistimiento, o el deber de congruencia, no existe poder de disposición de las partes;



con la pretensión principal y con las relativas a menores deberían ser afectadas por el principio inquisitivo⁶⁹.

La materia del derecho de familia debe encuadrarse en el derecho privado, porque constituye la disciplina de las relaciones entre particulares en posición paritaria. AULETTA considera que ya no es actual la tesis con origen en los años cuarenta que afirmaba que en esta materia existían connotaciones publicistas: por ser célula fundamental del Estado y por la naturaleza superior de los intereses en juego se justificaba una penetrante injerencia del Estado en las relaciones familiares, tesis que era la visión de la familia propuesta por un particular régimen político; el fascista, lo que no impide que el Estado tenga la competencia de procurar las condiciones necesarias para favorecer el nacimiento y desarrollo de las relaciones familiares, así como de la protección de los derechos que de éstas surgen⁷⁰.

En este sentido, no es de ignorar la tendencia a rebuscar las relaciones familiares en el ámbito privado, de forma que sean las partes las que reorganicen sus relaciones durante y tras la crisis matrimonial. Se ha de destacar la influencia creciente de la mediación como medio de resolución de

ya hemos indicado que el proceso es obligado, que no tiene eficacia el allanamiento o la transacción, etc.

⁶⁹ ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal*; Tomo I, Proceso civil; Madrid: 1996, vol. II, pág. 516, apunta que “La tesis publicadora del Derecho de familia, que se asienta entre otras razones sobre el estado civil, las acciones de estado y la naturaleza informativa de las normas de derecho de familia, tiene que ser revisada y conducida a sus justos límites. La libertad negocial y la autonomía existen también en Derecho de familia, aunque sea mucho más amplia con referencia a las cuestiones patrimoniales que a las personales.”.

⁷⁰ AULETTA, *Il diritto di famiglia*; Torino (Italia): 1997, pág. 6 y 7.

CLARK, *The law of domestic relations in the united states*; Saint Paul (Minnesota, EEUU): 1988, pág. V, apunta la evolución del derecho de familia en los diferentes Estados de EEUU, observando una tendencia a otorgar mayor poder de disposición a los cónyuges en lo relativo a sus relaciones.

ALMAGRO; *Derecho...*, ob. cit., pág. 518, considera que “un examen atento de la normativa nos conduce a la conclusión de que, con independencia de que la normativa vigente concede al Juez amplios poderes, los procesos matrimoniales no tienen en todas sus vertientes carácter inquisitivo, y en las últimas modificaciones legislativas y sobre todo en la práctica judicial se tiende a conceder una amplia libertad a los cónyuges en materia matrimonial, no sólo a través del convenio regulador sino incluso en la posibilidad de separación convencional”.

los conflictos familiares, de beneficiosos resultados tanto en la esfera procesal, en la que acortan trámites, como en la personal, ya que el enfrentamiento es menor y los resultados no son impuestos⁷¹.

2. 5. Insuficiencia normativa y discrecionalidad

Ya nos hemos referido al interés público existente en la protección de la familia, que sin embargo únicamente se ha concretado en la regulación de los procesos matrimoniales, que si bien es la crisis de mayor relevancia social, no es la única realidad familiar digna de atención.

Mientras que la crisis matrimonial se encuentra regulada, la de otras formas familiares análogas, como la de la unión de hecho, es inexistente en nuestro sistema jurídico, debiéndose acudir a analogías procedimentales con los procesos matrimoniales o a la forma procesal del juicio de menor cuantía, concebido como un proceso de carácter patrimonial, que es preciso adoptar a la materia familiar, apartada en cuanto a los principios procesales de los que rigen aquéllos.

Una de las consecuencias de la insuficiente regulación de los procesos matrimoniales y sobre todo, en un sentido más amplio, de los “procesos de familia”, categoría que no se emplea ni jurisprudencial ni doctrinalmente, es el incremento de la discrecionalidad del juez, que marcará los caracteres del proceso que se siga, generándose por lo tanto una grave inseguridad jurídica para las partes.

La discrecionalidad legal se fundamentaría en la facultad de una persona para adoptar una decisión, teniendo elección entre un varias posibles, conferida bien explícitamente por el legislador, bien asumido autónomamente por el decisor, o como una característica más de la toma de decisión. Un

⁷¹ TORRERO MUÑOZ, *Las crisis familiares...*, ob. cit., pág. 22. Indica además (pág. 23 y 24) que la recomendación nº R 1 (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de los Estados miembros el 21 de enero de 1998 favorece la implantación de este mecanismo de resolución de conflictos, facilitando la separación, disminuyendo los efectos negativos de la separación y el divorcio y reduciendo los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.

sistema basado en la toma de decisión discrecional crea inseguridad en las partes, que se hacen asesorar por expertos en la materia; un sistema discrecional hace creer a las partes que es posible obtener resoluciones más favorables dependiendo de la sensibilidad del juez a cada caso; un decisor discrecional debe conocer toda la información disponible, lo que puede llevar a retrasos y maniobras entre las partes para obtener información⁷², lo que colapsa el sistema de tribunales y hace más difícil a las partes llegar a un acuerdo⁷³.

Otra cuestión problemática en relación con la discrecionalidad judicial es la de la estandarización de los pronunciamientos judiciales, tendentes a favorecer a las madres, y la inseguridad ante la que se enfrentan las partes sobre los límites de las medidas de contenido económico, dada la falta de pautas para su determinación⁷⁴.

⁷² Como señalan COOTER y ULEN, *Law and...*, ob. cit., pág. 357, en relación con la “bargaining theory”, “*optimism causes trial*”.

⁷³ DEWARD, *Reducing Discretion in Family Law*, en *The changing family*; Oxford (RU): 1998, pág. 240 y ss. Políticamente, el motivo de estos cambios normativos sería reducir costes asociados a la ruptura de la familia: los costes asociados a la ruptura familiar son tanto internos como externos, y a cargo tanto del Estado como de las partes. Los costes internos serían los pagados por el Estado para que las disputas sean resueltas: mantenimiento de los tribunales, o, indirectamente, la ayuda legal para los litigantes, y los costes externos los que asume el Estado de bienestar en forma de ayudas para los afectados por una ruptura familiar. Una estructura basada en una regulación mayor haría los casos más fáciles de resolver, y así reduciría costes internos; una medida más regulada y formularia, por ejemplo, relativa al menor, contribuiría a reducir los costes externos de la ruptura familiar en el Estado de bienestar. (pág. 231).

⁷⁴ Remarcamos, tal como hace PASTOR VINARDELL, «El llamado “criterio standard” en las separaciones matrimoniales contenciosas: Del sistema causal del Código al repudio libre del cónyuge varón». *La Ley*, 1987, vol. 3, págs. 869 a 873, la importancia en la práctica de la aplicación del llamado “criterio standard” en las separaciones matrimoniales contenciosas, de forma minoritaria en las Audiencias, algo más extendida en los Juzgados de Primera instancia y dominante en muchos Juzgados de Familia, y supone estimar siempre y por principio las demandas de separación presentadas, se pruebe o no lo alegado, otorgándose la guarda y custodia de los hijos menores a la madre (salvo que en ella concurriese causa grave que pudiese perjudicarlos) y, por consiguiente, el uso del hogar familiar, así como el derecho a percibir alimentos y la pensión compensatoria, en su caso, por lo que este criterio judicial se presta a su utilización estratégica por la mujer, constituye una instrumentalización por parte de una de las partes del proceso y del juez, y conduce a una situación de hecho que sería tanto como el repudio libre del cónyuge varón sin concurrencia de causa legal.

De acuerdo con lo señalado en el estudio de ROCA TRÍAS, la aplicación de la ley del divorcio ha resultado ser, en lo relativo a gran número de pronunciamientos, “perversa”, por estar afectada de prejuicios y argumentos sociales, favoreciendo cualitativamente a la mujer⁷⁵. La normativa aplicable sigue estando diseñada para situaciones de ruptura de familias tradicionales, propiciando la discriminación del hombre en favor de la mujer, patente también en la práctica, y en documentos como la circular de la Fiscalía General del Estado 3/1986⁷⁶.

Las protestas en relación con las insuficiencias materiales de la normativa actual son patentes: los padres separados y divorciados se quejan de la discriminación que sufren; las mujeres maltratadas de la insuficiente protección que se les brinda; los padres titulares de la guarda de los menores del impago de pensiones, y los beneficiarios del derecho de visitas, de que les impidan relacionarse con sus hijos.

En cuanto a los defectos en el procedimiento, que se abordarán posteriormente, son tan graves que se intentan salvar con regulaciones paralelas en el mejor de los casos, claramente inadecuadas para determinar los

⁷⁵ Señala como argumentos utilizados para la motivación de las decisiones que la adjudicación a la mujer de la vivienda o del derecho de guarda de los menores depende de la actuación del “argumento de la parte débil”, que sería el que legitima al juez para conceder la protección al cónyuge en la posición más débil, y que habitualmente se corresponde con la de la mujer, o del de la importancia de los cuidados maternos para los descendientes más pequeños. ROCA TRÍAS, *Los criterios judiciales en la aplicación de la “Ley del divorcio”*, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona, 1993, pág. 48 y 52. Señala la misma autora como casos excepcionales aquellos en los que se conceda la guarda al padre, (*Ibidem*, pág. 53.), y que en éstos, por el contrario, la motivación de la resolución en dicho punto es mucho más extensa y profunda que en los casos habituales de otorgamiento a la madre, y que esta actitud hace considerar a la decisión como adoptada “no tanto a través de criterios estereotipados, sino en razón del claro beneficio del menor”. *Ibidem*, pág. 54. En cuanto a la atribución de la pensión compensatoria a la mujer, indica que en muchos casos se justifica en un razonamiento sexista del órgano decisor, en realidad injustificable, y que supone la defensa de la “profesionalización del matrimonio” por parte de la mujer. *Ibidem*, pág. 61.

⁷⁶ En dicha circular se indica que para determinar la guarda de los menores habrá de seguirse el criterio contenido en el artículo 159 C.c., en el que se indicaba que los hijos e hijas menores de siete años debían confiarse a la madre, “precepto inspirado en la conveniencia de que los hijos de edad temprana tengan la necesaria asistencia maternal tan precisa para su equilibrio y adecuado desarrollo de la personalidad”. Esta referencia discriminatoria del Código civil fue eliminada en 1990.

procesos por carecer de validez legal, y que sirven para hacer patente la insuficiencia normativa que existe en este ámbito.

Así, desde 1986 en Madrid se llevan realizando acuerdos entre jueces y abogados de familia, en los que se determinan elementos tan importantes como el ámbito de aplicación de la ley (aplicabilidad de la normativa procesal matrimonial a los casos de parejas no unidas por vínculo matrimonial); procedencia de las medidas provisionales (limitación a casos de urgencia); procedimiento a seguir en medidas provisionales; reclamaciones susceptibles de recurso, o el régimen de ejecuciones provisionales, lo cual evidentemente es inverosímil⁷⁷.

Por su parte, el Ministerio Fiscal también realiza una labor exegetica y de integración de lagunas con instrumentos como la aludida circular 3/1986, de 15 de diciembre, en la que también se intenta resolver la cuestión de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales, y concretamente, su participación en los procedimientos de mutuo acuerdo, y los casos en que ha de admitirse el recurso de casación, o la consulta nº. 2/1987, de 2 de abril, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos derivados de la ruptura de uniones familiares con descendencia, puntos todos ellos que la ley no contempla, y que para la práctica es necesario resolver⁷⁸.

La vigencia, quince años después, de las normas de 1981, introductoras del divorcio en la democracia, produce unos resultados completamente inadecuados, sobre todo dada la mala e insuficiente regulación de los procesos, pero también por la evolución de la sociedad: en nuestro país, el incremento del número de personas afectadas por la separación o el divorcio y el cambio de mentalidad frente a la institución del divorcio en sí y a sus

⁷⁷ Ya nos hemos referido al amplio margen de discrecionalidad del que gozan los jueces en el ámbito del proceso de familia: en la práctica, en cada juzgado se puede establecer un procedimiento diferente, y así se señala en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993, pág. 429, en relación con la tramitación de las medidas provisionales.

⁷⁸ Indica la propia Fiscalía, a través de la Memoria de 1995 que es preferible apuntar las soluciones procedimentales adecuadas al legislador a "tratar de paliarlas a través de Instrucciones y Circulares, de obligado cumplimiento para los Fiscales, pero sin otro

consecuencias ha venido a dejar patente la insuficiencia de la regulación sobre la separación y el divorcio.

El interés público que existe en la protección de la familia, sancionado constitucionalmente, ha de derivar en una regulación garantista de los derechos y situaciones de los descendientes menores, así como de los cónyuges y los convivientes, al menos cuando éstos tengan descendientes, superando la situación actual de dejación de su regulación, suplida por pronunciamientos judiciales, limitados en esta función⁷⁹.

Ahora bien, la falta de regulación de las cuestiones del proceso de familia, y concretamente matrimonial provoca que en algunos casos los jueces se arrogan discrecionalidad y justifican la resolución en equidad, valorando la prueba de tal forma que se llega a oponer a elementos de prueba objetivos⁸⁰.

valor para la jurisdicción que su poder de convicción". Memoria de la Fiscalía General del Estado; Madrid, 1995, pág. 729.

⁷⁹ Ha de tenerse en cuenta que en los procesos matrimoniales no es posible el recurso de casación, salvo el ejercitado por el Ministerio Fiscal en interés de la ley, que por otra parte no ejercita. Esto ha dado como resultado que en cada Provincia, e incluso en cada Juzgado se aplique el procedimiento de diferente manera. Por el contrario, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no se excluye ninguna materia de la casación, y además se crean sistemas de unificación de la doctrina, como el recurso por infracción procesal ante el Tribunal Superior de Justicia (por el momento ante el TS) y el recurso en interés de la ley para su unificación, por lo que es de esperar que esta situación se subsane.

⁸⁰ Un hábito extendido es la presunción por parte del juez, a la hora de fijar las cuantías de las pensiones de desequilibrio económico, alimentos o compensatoria, de la existencia de medios económicos superiores a los demostrados por las partes, es decir, la presunción de ocultamiento de bienes, e incluso, para el caso de las modificaciones de medidas, de la adjudicación de la culpa de la incapacidad económica al obligado al pago, con la consecuencia de no disminución de las pensiones correspondientes. Estas prácticas producen una absoluta inseguridad jurídica, y en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1997, nº. 54/1997 (ED 97/2172) vulnera las limitaciones establecidas en el artículo 3.2 C.c. y en la CE: la resolución tiene su origen en la solicitud de modificación de medidas incluidas en convenio regulador, dado el cambio de circunstancias ex. art. 90 y 100 C.c. que se había producido al haber sido despedido el excónyuge y padre de un trabajo que reportaba al obligado al pago 700.000 pts., restándole 300.000 aprox., frente a la obligación del pago de pensión alimenticia y compensatoria. Tras ser favorable al solicitante de la modificación la decisión del órgano de primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid decide no haberse producido la alteración sustancial de las circunstancias del art. 100 C.c., dado que el solicitante aceptó el despido y "no puede considerarse ajustado a equidad que quien fue causante voluntario de una alteración en sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que pudiera corresponder, en perjuicio de quien, hasta ese momento, era beneficiario de un derecho legalmente reconocido". La Sala del TC no parece estar de acuerdo con la decisión de la Audiencia ("Estése, o no de acuerdo con tal conclusión o con el discurso

En el derecho comparado se observa una corriente legislativa y doctrinal tendente a limitar la discrecionalidad en el derecho de familia, regulando más exhaustivamente la normativa relacionada con éste. Así, DEWARD indica esta tendencia en el derecho de familia de Reino Unido, Escocia, Nueva Zelanda y Australia⁸¹, y en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se regulan de forma más exhaustiva los procesos de familia, estableciéndose especialidades probatorias en materia de familia en relación con hechos en los que se base el pronunciamiento principal o los relativos a los menores, tales como la posibilidad de incorporar en cualquier momento material probatorio sobre estas cuestiones, que el juez pueda decretar de oficio la práctica de la prueba que estime pertinente, y que las normas generales sobre prueba testifical y documental no sean aplicables, mientras que en cuestiones dominadas por el principio dispositivo como la pensión compensatoria o el uso de la vivienda familiar en caso de no existir hijos menores la vinculación al régimen general de prueba sería absoluto (art. 752).

para obtenerla”), mas considera que ésta no se ha basado únicamente en la equidad para decidir, y existe motivación en la sentencia –niega que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias- con lo que su actuación no produce vulneración de la tutela judicial efectiva. Estamos completamente de acuerdo con el voto particular realizado por Mendizábal, favorable a la concesión del amparo constitucional, y que considera la resolución de la Audiencia “arbitraria”, y de “carácter decisionista o voluntarista”, patente en “la presunción y la invocación de la equidad por encima y más allá del texto de la Ley rectamente aplicado en función de los hechos determinantes”, y señala que es una iniquidad castigar la voluntariedad del cese en un puesto de trabajo, “condicionando gravemente la libertad de trabajo, consagrada constitucionalmente, creando una carga y un límite donde ni la Ley ni la Constitución lo autorizan”.

⁸¹ DEWARD, *Reducing...* ob. cit., pág. 231 y ss., destaca la importancia de la presión ejercida por determinados grupos, entre los que destacarían asociaciones de padres divorciados, que propugnan el reconocimiento de los derechos aparejados a los deberes que por la vía de la resolución discrecional se les suele aparejar. SCHWAB, *Droit de la famille...*, ob. cit., pág. 114, también apunta la influencia de los grupos de padres separados ante el despojo de sus derechos en los procesos matrimoniales, que luchan contra el Scheidungsunrecht (la injusticia del divorcio, en vez de Scheidungsrecht, el derecho del divorcio).

3. La crisis familiar con trascendencia judicial

3. 1. Crisis familiar

Nuestro trabajo se encamina a señalar qué medidas de protección provisional pueden otorgarse en aquellas situaciones de crisis familiar que supongan la ruptura de la vida en comunidad de la pareja formante del núcleo familiar, ya sea de los esposos⁸² o de los convivientes, ya que la crisis de la pareja supone la crisis familiar, obligada por la separación de los miembros sustentadores de la familia, y supone la división de la familia en dos partes o grupos.

Por otra parte, la ruptura de la pareja matrimonial no se circunscribe únicamente a las llamadas tradicionalmente crisis matrimoniales (nulidad, separación o divorcio); existen también otras situaciones tales como las de separación de hecho y controversias puntuales sobre alimentos, vivienda, contribución a las cargas, etc., que también pueden protegerse provisionalmente.

3. 2. Crisis reguladas jurídicamente y crisis no reguladas

La importancia de la delimitación del concepto “familia” radica en la consecuente obligación de protección de los poderes públicos, consagrada en la Constitución, aunque esta protección se ha centrado en la de la familia matrimonial, ignorando otras formas familiares.

El matrimonio ya goza de reconocimiento específico en la Constitución, cuyo artículo 32 consagra el derecho a contraer matrimonio, y dispone que la ley regulará los requisitos para contraerlo y las causas de separación y disolución y sus efectos.

Siguiendo lo ordenado en el artículo 32 de la Constitución, en 1981 se abordó una reforma de la normativa civil referente al matrimonio, así como

⁸² LASARTE, *Principios...*, ob. cit., pág. 97, indica que “En tiempos contemporáneos, se ha dado en denominar crisis matrimonial al conjunto de supuestos en los que el matrimonio deviene ineficaz, por una u otra causa, quebrando la unidad de vida y convivencial que en principio supone.”.

una nueva regulación de la separación, la nulidad y el divorcio, suficiente en el ámbito material, y sin embargo desastrosa en el plano procesal.

La innovación legislativa de 1981 fue audaz para la época; se volvía a la secularización absoluta o casi absoluta y se admitía de nuevo el divorcio⁸³; sectores de la sociedad se manifestaron en contra de su admisión, o de la retirada de la cláusula de dureza; se alertaba de la posibilidad de la degeneración absoluta del matrimonio, y del torrente de solicitudes de divorcio que se produciría⁸⁴.

En la actualidad, los temores al divorcio se han revelado absurdos, y se ha mostrado patente el carácter obsoleto e insuficiente la regulación material y procesal de las crisis matrimoniales; así, en relación con las causas de separación o divorcio no se incluye la simple voluntad de las partes o de una de ellas para conseguir dicho pronunciamiento, sino que se ha de añadir a un lapso de tiempo de separación de hecho o a otra causa de separación.

En cuanto al aspecto procesal, la regulación de 1981 se presentó desde el principio como escandalosamente incorrecta, sobre todo en lo relativo a las medidas provisionales, que se han revelado con el paso del tiempo como verdaderas protagonistas de la crisis matrimonial, al no ser discutida habitualmente la causa principal de separación o divorcio, dada la intrascendencia de la culpabilidad en nuestro sistema, y al revelarse gravemente influyentes en la vida de la familia tras la crisis matrimonial.

Sin embargo, aunque la normativa de la crisis matrimonial sea insatisfactoria, al menos otorga una cierta seguridad jurídica a los miembros de la familia en crisis, cosa que no ocurre si ésta no es matrimonial: no ha habido regulación paralela para las familias no matrimoniales en situación de

⁸³ Como indica ABELLÁ SANTAMARÍA, *Ley del divorcio*; Madrid: 1980 pág. 10, desde 1554, fecha en la que Felipe II decretara en la Real Célula de 12 de julio como ley del Reino los cánones del Concilio de Trento, la indisolubilidad del vínculo matrimonial es establecida hasta 1980, existiendo un pequeño período de tiempo en el que fue posible el divorcio, entre los años de 1932 a 1938, correspondientes a la república.

⁸⁴ LASARTE, *Principios...* ob. cit., pág. 35, señala que una de las consecuencias de la crispación política y de la oposición de ciertos sectores no mayoritarios pero que

ruptura, ni se ha establecido expresamente la aplicación analógica de la protección provisional procesal matrimonial para éstas, pese a tratarse de situaciones similares a las matrimoniales, de progresiva implantación en la sociedad, y cuyos efectos se han llegado a regular en las leyes autonómicas sobre la unión de hecho de Cataluña de 1998, de Aragón de 1999 y de Navarra de 2000⁸⁵.

La familia no matrimonial debe estar protegida por los poderes públicos de acuerdo con lo recogido en el artículo 39 de nuestra Constitución, pero no se recoge expresamente la obligación del legislador de regular los efectos de la disolución de la pareja no matrimonial, a diferencia de lo ordenado en el artículo 32 para el matrimonio, por lo que nos encontramos en una situación de anomia sobre todo en el plano procedimental difícil de superar en la práctica.

En principio, y de acuerdo con el espíritu constitucional, la obligación de proteger a la familia –incluida la no matrimonial, de acuerdo con lo indicado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 222/1992- y el principio de no discriminación de los hijos no matrimoniales, debería llevar a la obligación del legislativo de regular las crisis de la familia paramatrimonial en su aspecto sustantivo y procesal, equiparándolo en garantías para la familia en general y para los hijos en concreto⁸⁶.

Cuando la Constitución se refiere a la protección social, económica y jurídica de la familia no se define en qué ha de consistir cada tipo de protección, y únicamente se señala que esta carga corresponderá a los poderes públicos, *lo que incluye todos los entes que ejercen un poder derivado de la*

protestaron de forma patente, “vocearon”, señala el autor, es la inexistencia de preámbulo en las leyes de 11/81 de 13 de marzo y 30/81 de 7 de julio.

⁸⁵ En estas leyes se regula la posibilidad de establecerse judicialmente indemnizaciones o pensiones periódicas limitadas temporalmente a cargo de uno de los exconvivientes en beneficio del otro. Véase apartado 4 del Capítulo V.

⁸⁶ La interpretación sobre el ámbito de protección a la familia puede dar resultados curiosos; así, GARCÍA CANTERO, *El divorcio*; Madrid: 1977, p. 26, señalaba que la introducción del divorcio en España sería incluso contraria a la Constitución, por no proteger a la familia.

soberanía del Estado, y, al ser el artículo 39 el primero de entre los dedicados a los principios rectores de la política económica y social, se convierte en eje interpretativo de toda la protección social ⁸⁷.

Será preciso establecer una protección en aquellas situaciones en las que la familia se encuentren ante un desequilibrio producido por una crisis en la pareja sustentadora del grupo. Es absurdo considerar que mientras que el ordenamiento regula los efectos y formas de regulación de la crisis matrimonial, no se haga lo mismo con las situaciones análogas de otros grupos familiares, pues aunque la familia no matrimonial y la matrimonial partan de puntos diversos no justifica una discriminación consistente en la ignorancia por parte del sistema jurídico de la familia paramatrimonial y, sobre todo, de su ruptura, que produce efectos personales y materiales idénticos a los de la familia matrimonial. Una cosa es que se otorguen efectos legales distintos a una y otra ruptura, y otra muy diferente e inadmisible es que una se encuentre regulada y la otra nada en absoluto, y, en especial, que no exista vía procesal adecuada para encauzar las controversias de la familia no matrimonial.

Por todo ello nuestro trabajo se refiere a la protección provisional en los casos de crisis familiar y no de crisis matrimonial, porque consideramos que nos encontramos ante realidades paralelas que no podemos ignorar, y en tanto no se desarrolle legislativamente la crisis de la familia paramatrimonial, habremos de articular un sistema mínimo de protección de estas familias, y exigir la atención del legislador con la finalidad de obtener una regulación apropiada y exhaustiva del tema.

4. La litigiosidad en materia de familia

De entre todos los conflictos familiares que se producen en nuestra sociedad, una parte queda en el ámbito estrictamente privado, mientras que

⁸⁷ IGLESIAS DE USSEL, La protección de la familia..., ob. cit., pág. 224.

otra menor se judicializa, obteniéndose a través de los órganos jurisdiccional la protección provisional y definitiva correspondiente.

Fuera de los tribunales quedarían las crisis familiares con agresiones que no desembocan en una ruptura definitiva o que suponen la separación de hecho de los miembros de la familia, así como las separaciones de hecho de las familias no matrimoniales, que acceden a los tribunales en proporciones mínimas, o un gran número de separaciones de hecho de matrimonios, que normalmente desembocan en los tribunales para acceder al divorcio de mutuo acuerdo.

Como hemos indicado, la regulación protectora a la familia se concreta en la de la familia matrimonial únicamente; la reforma de 1981 supuso un adelanto notable en cuanto reguló los efectos de la separación, la nulidad y el divorcio, así como los procesos tendentes a fijar los efectos y medidas, consecuencia del pronunciamiento sobre el vínculo, articulando una forma de protección provisional de la familia matrimonial durante el tiempo necesario hasta que adquiriera firmeza la resolución principal.

Sin embargo, como se ha dicho, estas disposiciones se han revelado completamente insatisfactorias, tanto en el plano de la regulación material como en el de la procesal.

La falta de armonía entre la normativa sobre la crisis familiar matrimonial y las necesidades sociales contemporáneas se basan en una serie de factores: la crisis matrimonial afecta a un número creciente de ciudadanos, con lo que su regulación debe llamar cada vez más la atención del legislador; existen nuevas formas familiares reconocidas por la sociedad que acaban en ruptura, situación en la cual se encuentran con una grave anomia e inseguridad; por otra parte, la concepción social del divorcio y la separación ha pasado a ser abierta y permisiva, centrándose la atención de la problemática de la ruptura matrimonial en los efectos de la crisis en los miembros de la familia. Ante estas situaciones nuestro ordenamiento ofrece un sistema divorcista causal y una escasa y deficiente regulación procesal,

origen de un grave descontento en los grupos afectados por los proceso de familia.

4. 1. Algunas observaciones sobre la litigiosidad familiar

En la actualidad, el número de personas separadas o divorciadas ha experimentado un incremento considerable, llegando en estos momentos a constituir un número significativo en relación con el montante de casados.

La proporción entre el número de divorcios y el de matrimonios tiende a incrementarse; mientras que en España el número de matrimonios por mil personas fue de 5,6 en 1992⁸⁸, el de divorcios fue de 0,7, y en 1997 la primera cifra fue de 4,9, y la segunda de 0,9 la primera cifra tiende a disminuir y la segunda a aumentar⁸⁹, aunque levemente.

Pese a elevarse la tasa de divorcio en nuestro país, en relación con otros países sigue siendo menor: España ostenta una de las tasas más bajas de divorcio de la Unión Europea, pues la tasa española es en 1997 es de 0,9 divorcios por mil habitantes al año, igual a la de Grecia y superior únicamente a la de Italia⁹⁰.

En cuanto al número de sentencias de nulidad, separación y divorcio, se constata una tendencia a aumentar en el quinquenio de 1991 a 1996, advirtiéndose una disminución del ritmo en los últimos años, hasta llegar a la estabilidad en los años 1997 y 1998. En cuanto al carácter contencioso de los procedimientos, se observa un incremento de los procedimientos de mutuo acuerdo, sobre todo en la fase de separación, y superándose desde 1995 la cifra de las separaciones contenciosas

En 1998 solicitaron la separación o el divorcio en España aproximadamente 92.909 parejas, (la tasa de divorcio fue de 0,9 se refiere únicamente a las personas afectadas por una sentencia de divorcio), y, en

⁸⁸ *Anuario 1995 de Eurostat: visión estadística sobre Europa 1983-1993*, Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1995.

⁸⁹ Eurostat: annuaire 2000.

⁹⁰ Eurostat: Annuaire 2000.

cuanto a la nulidad, las cifras de solicitudes son simbólicas: en 1998, hubo 1 caso de nulidad por cada 807 de separación o divorcio⁹¹.

Mientras que el número de sentencias de separación y divorcio se ha estancado, las demandas o procedimientos planteados, han aumentado respecto a los años anteriores, lo que supone que no ha habido una disminución de la litigiosidad, sino todo lo contrario, pues se ha presentado un número considerable de demandas presentadas, que pueden tener como objeto la ejecución de la sentencia, modificación de medidas o de medidas provisionales. Así, el número de procedimientos de familia incoados en 1998 fue de 131.475, de acuerdo con la Memoria presentada en septiembre de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial. Las solicitudes de modificación fueron 8413 en 1998, y los de ejecución de medidas y otras 5447⁹², ya que en el ámbito de la ruptura familiar, el proceso no acaba con la sentencia, sino que en muchas ocasiones las partes acudirán de nuevo a instancia judicial para la regulación de sus relaciones cambiantes, así como para forzar el efectivo cumplimiento de éstas⁹³.

Por otro lado, otros procesos de familia serían los de la separación de la familia no matrimonial, que por el momento representan una cifra mínima, dada la inexistencia de procedimiento adecuado y la consecuente desviación a la autocomposición.

En cuanto los procedimientos de medidas provisionales en procesos matrimoniales, su número es muy inferior al de dichos procesos: así, en el año 1998, se registraron 9433 asuntos sobre medidas previas y 14.629 asuntos sobre medidas coetáneas, mientras que los procesos de separación contenciosos iniciados fueron 24.159, y los de divorcio, 18.198.

⁹¹ Memoria del Consejo General del Poder Judicial; Madrid: 1999, pág. 84.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Véase en relación con las cifras de 1981 y 1982 ALBÁCAR LÓPEZ, «Informe sociológico sobre la aplicación de la ley del divorcio»; *La Ley*, 1983-4, págs. 1215, 1225 y 1226, y de 1992 a 1996, «Los Tribunales Españoles según la memoria de 1997», *Tribunales de Justicia*, 1998/3, págs. 325 y 328.

Pasando por alto los procesos de divorcio, en los que puede no haber medidas provisionales, por existir una separación anterior, se advierte que la suma de los procedimientos de medidas previas y coetáneas es incluso menor que el número de procesos de separación contenciosos. Teniendo en cuenta además que en muchos de los casos las medidas previas son sustituidas por coetáneas, se puede concluir con que casi nunca se dictan en los de mutuo acuerdo, que no se conceden medidas provisionales en muchos de los procesos de divorcio contencioso, y que no en todos los procesos de separación contencioso se sustancian.

4. 2. Defectos normativos y nuevas necesidades.

Uno de los principales problemas que plantea el proceso matrimonial es la duración: su tramitación puede dilatarse por un largo tiempo, sobre todo si a la separación le sigue el divorcio, o una ejecución de sentencia por incumplimiento o una modificación de medidas⁹⁴.

Hemos de señalar además que el fenómeno de la extensión cada vez mayor de la separación y el divorcio en la sociedad⁹⁵, lo que produce cada vez

⁹⁴ RODRÍGUEZ PEDRERO, «La estadística en los Juzgados de familia»; *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 noviembre 1987, núm. 1472, págs. 3267-3282, hace hincapié en la insuficiencia de los cuestionarios sobre estadística judicial para los procesos de familia, apuntando al tema olvidado por éstos: más allá de la sentencia, y dada la posibilidad de modificación de medidas y la alta tasa de incumplimientos, se extiende la controversia entre las partes durante un número indeterminado de años.

⁹⁵ El *Censo de población de 1991* (tomo I, *Resultados Nacionales, Caracteres generales de la población*, Madrid; I.N.E., 1994, pág. 31) señala que en 1991 había 18.456.437 casados, 299.564 separados y 156.311 divorciados, por lo que aproximadamente habría 41 casados por un divorciado o separado, mientras que en comunidades como la de Madrid, la proporción variaría aproximadamente de 30 casados por cada divorciado o separado (*Censo de población de 1991, resultados autonómicos y provinciales*, Madrid; I.N.E., 1995, pág. 31), cifras que no resultan reales ya que no se tienen en cuenta las separaciones de hecho, que alcanzan un número considerable.

La *Encuesta Sociodemográfica 1991* (tomo I, Principales resultados, Informe básico, Madrid: 1995, pág. 211) -que sí computa las separaciones de hecho- cifra en 354.800 las uniones disueltas cuyos cónyuges viven, con lo que estaríamos refiriéndonos a 709.600 personas, número que la misma encuesta considera erróneo por ocultamiento en la encuesta, ya que tiene en cuenta que el número de separaciones y divorcios en que se haya dictado sentencia entre 1981 y fin de 1991 es de 517.000 y, si bien habrá de tenerse en cuenta la existencia de duplicaciones de separaciones y divorcios, esta cifra judicial no contiene referencias a las separaciones de hecho.

más afectados, y se hace patente que se trata de un tema que debe ser ordenado con las máximas garantías posibles⁹⁶.

Ante este panorama, la nueva Ley de enjuiciamiento civil no introduce grandes avances, ni adapta la normativa procesal a las diversas formas familiares que puedan entrar en crisis, si bien establece un nuevo procedimiento, “de menores”, llamado a impedir la discriminación de los hijos no matrimoniales en el proceso.

En el proyecto de Ley de enjuiciamiento civil de 1998 se regulaban como “procesos de familia” los procesos matrimoniales recogidos en las disposiciones adicionales de la ley 30/81 de 7 de julio con influencias de los artículos 1881 y siguientes, y en coherencia con los artículos 102 a 106 del Código civil; sin embargo, como destacaron las enmiendas del GS al proyecto, la familia no es únicamente la matrimonial, ni los procesos de familia no son únicamente los matrimoniales, y, por otra parte, era preciso introducir un proceso para regular la ruptura de la familia no matrimonial, sobre todo con el fin de no discriminar a los descendientes de ésta última.

Finalmente, en la nueva LEC, en vez de regularse un procedimiento con este fin, se incluyeron referencias en el procedimiento matrimonial para entenderlo aplicable a los procesos “de menores”, en los que los progenitores ventilaran los asuntos concernientes a ellos, concretamente la potestad de guarda y los alimentos, de manera “exclusiva” –lo que parece ser una exclusión expresa de la aplicabilidad de los trámites al proceso que entablaran los convivientes para regular sus relaciones patrimoniales, o la acumulación de las cuestiones sobre los menores al resto de cuestiones-, haciéndose

Extrapolando de estas cifras, podemos considerar que estamos refiriéndonos a cerca de un millón de personas en la actualidad que se encuentran divorciadas o separadas, tanto judicialmente como de hecho.

⁹⁶ Creemos que un enfoque cuantitativo al iniciar este estudio es esencial; antes de proponer soluciones, o incluso de investigar sobre la situación producto de la crisis matrimonial, es importante exponer las consecuencias reales de dicha crisis y su resolución judicial; en este sentido, nos parece que seguir la visión propuesta por SANTOS PASTOR en *¡Ah de la justicia! Política Judicial y Económica* (Madrid: 1993, 331 págs.), de análisis económico del derecho, es un ejercicio preceptivo que nos debemos imponer al estudiar las instituciones jurídicas.

aplicable a estos procedimientos los trámites establecidos para los procesos matrimoniales.

Se advierte, al igual que en el resto de Europa, una evolución en la mentalidad social en el sentido de manifestarse más permisiva ante el divorcio; tras casi 20 años de aplicación de la ley introductora, la controversia social y procesal, antaño concentrada en admisibilidad del divorcio, que se concretaba en las causas de separación o divorcio, se ha desplazado a los efectos de la crisis matrimonial en los miembros de la familia y en la necesidad de otorgar a la crisis de la familia de hecho una vía de solución de controversias adecuadas⁹⁷, no resuelta tampoco por la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

4. 3. Importancia de las medidas provisionales en el proceso.

La tutela provisional es aquella encaminada a proteger determinadas situaciones de necesidad en tanto no se establezca una protección definitiva, y cuyas características esenciales serían la urgencia y la instrumentalidad.

La justificación de la existencia de una tutela provisional se encuentra en la falta de adecuación de la tutela definitiva o tradicional para dotar a una situación de crisis de la regulación apropiada. Será el peligro en la tardanza, que señalaba CALAMANDREI en relación con las medidas cautelares⁹⁸, la base de la protección provisional.

⁹⁷ DE MIGUEL, *La sociedad española 1995-1996*; Madrid, 1996, pág. 237. apunta que la evolución de la sociedad española ha dado lugar a un talante del español medio permisivo y desapasionado, no enfrentado a instituciones como la del divorcio.

SCHWAB, *Droit de la famille....ob. cit.*, pág. 114, observa una desviación del interés en el proceso matrimonial de la cuestión principal a las medidas.

CLARK, *The law of domestic relations...ob. cit.*, pág. V, describe la evolución en Estados Unidos de América en el derecho de familia, en el que el poder individual de control de las relaciones personales se ha incrementado, pasándose del divorcio culpable al no culpable en muchos Estados, y centrándose la importancia del divorcio en la división de la propiedad, y menos en el establecimiento de compensaciones.

⁹⁸ CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. Sentis Melendo); Buenos Aires (Argentina): 1945, pág. 43.

La falta de inmediatez de las resoluciones judiciales es precisamente la base de los sistemas de protección provisional y medidas cautelares, siendo en el ámbito de la crisis familiar donde las consecuencias de una tardanza en la respuesta judicial pueden producir los efectos más perniciosos.

En este punto es donde la protección provisional tiene relevancia, pues producirá la efectiva protección hasta la entrada en vigor de la resolución principal, realizando una función de salvaguarda de las relaciones necesitadas de regulación o protección, que perfectamente describe el verbo alemán *überbrücken*⁹⁹.

Por otra parte, el intrincado sistema de impugnación de las medidas y la eficacia en el tiempo de éstas agudizan la confusión, que no ha sido completamente subsanada en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, si bien se han introducido importantes avances, como la preceptuación de la eficacia inmediata de las medidas contenidas en la sentencia de primera instancia.

Las medidas provisionales son protagonistas de la protección provisional en las crisis de la familia matrimonial, y a su vez tienen gran trascendencia en el proceso, ya que lo condicionan en buena parte¹⁰⁰, puesto que en la práctica, las medidas que toma el juez por primera vez, se trate de medidas previas o coetáneas, dependen de la apreciación que la autoridad judicial realice de la situación, determinada por circunstancias objetivas y también personales, imponiéndose en las siguientes tomas de decisión, con lo

⁹⁹ GIESSLER, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*; Munich: 1993, pág. 1.

¹⁰⁰ VALLADARES, *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*; Madrid, 1982, pág. 396, considera que al no influir la culpabilidad en las medidas ni en las sentencias, el sistema establecido facilita la continuidad en la situación jurídica de la familia durante y después del proceso, estando además este factor de acuerdo con el principio de economía procesal. RICH OLIVA, *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los procesos en los juzgados de familia*; Barcelona: CGPJ y Generalidad de Cataluña, 1993, pág. 66, apunta que “en la práctica forense su sustanciación es considerada por muchos como el trámite más importante, incluido el del pleito principal... porque estas medidas son, con mucha frecuencia, recogidas íntegramente en la sentencia”.

que las medidas provisionales van a desempeñar un papel determinante en las dictadas en la sentencia que ponga fin al proceso.

Capítulo II: Medidas de protección provisional.

1. La protección provisional

2. Clasificación de las medidas provisionales

2. 1. Las medidas provisionales tradicionales

a) Las medidas reguladas en el Código civil y la distinción entre medidas y efectos

b) Las medidas provisionales en las leyes procesales y la distinción entre medidas previas y coetáneas

2. 2. Otras medidas provisionales

3. Medidas provisionales y medidas cautelares

3.1. Las medidas cautelares

a) Características de las medidas cautelares

b) Presupuestos de las medidas cautelares

c) Incidencia de las medidas cautelares en la situación a tutelar

d) La norma material y procesal de la medida cautelar

3.2. Las medidas provisionales como medidas cautelares especiales

a) Introducción

b) Naturaleza contenciosa

c) Naturaleza cautelar

-conurrencia de las características de las medidas cautelares

-conurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares

-cautelaridad de otras medidas provisionales

- Las medidas provisionales como medidas cautelares especiales

- Naturaleza de las medidas provisionales



CAPITULO II: MEDIDAS DE PROTECCION PROVISIONAL

1. La protección provisional

Dada la necesidad de rapidez en la obtención de la resolución que disponga los efectos de la crisis familiar, el proceso declarativo se revela insuficiente por sí mismo, precisamente por su duración, de modo que para solucionar situaciones de necesidad inmediata, que de no resolverse rápidamente pudieran provocar una desprotección incompatible con el amparo que el Estado debe procurar, se articula un sistema de protección provisional, que de hecho ocupa una posición destacada en el proceso, como ocurre en general en los sistemas procesales modernos¹.

Ante una situación de crisis familiar, el ordenamiento vigente permite la utilización de distintos instrumentos jurídicos, necesariamente ordenados por la autoridad judicial, y de diversa naturaleza y alcance, cuya elección depende de las características de la relación familiar de que se

¹ PERROT, *La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso civil eficaz*; Barcelona: 1992, pág. 191 y ss., indica que, entre las innovaciones introducidas en el derecho procesal francés, “el fenómeno más espectacular en materia de rapidez procesal ha sido el de la prodigiosa eclosión experimentada en los últimos años por las llamadas “resoluciones provisionales””, y que la figura del juez de urgencia ha adquirido una importancia extraordinaria”. La protección provisional y cautelar goza de protagonismo en la actualidad, y no sólo en el ámbito del proceso de familia. En el entorno europeo, la obtención de una resolución provisional condiciona la actividad de las partes, llevándolas a asumir lo regulado provisionalmente como definitivo, o a pactar, como indica GRUNSKY, *Eficacia del proceso civil en Alemania*, en *Para un proceso...*, ob. cit., pág. 149, así como CALDERÓN CUADRADO; «Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en Derecho Alemán», en *RGD*, 1992, abril, nº. 571, pág. 2529, respecto al derecho alemán, PERROT; *La eficacia...*, ob. cit., pág. 194, respecto al francés, o, en cuanto a Italia, CARPI, *La justice en matière familiale en Italie*, en *Familles et Justice*; Paris: 1997, pág. 128, apunta que, cuanto más ineficaz es la justicia ordinaria, más se refuerza y extiende la protección de urgencia, y considera que el fenómeno de la extensión de las medidas provisionales es uno de los rasgos esenciales del proceso de nuestra época.

trate, la causa de desequilibrio que la haya afectado y la necesidad producida.

El legislador ha articulado, como respuesta a la necesaria intervención dirigida a la protección de la familia, los menores y el matrimonio, diversas formas de tutela jurídica para las situaciones de crisis familiar, que suponen un cambio, una transición de un estado familiar a otro, habitualmente de disgregación.

Las formas de protección provisional de las situaciones de crisis se pueden clasificar, siguiendo la teoría alemana sobre la protección provisional, entre la protección provisional anticipada o primaria (*vorgeschaltete primärer vorläufiger Rechtsschutz*) y la protección provisional postergada o secundaria (*nachgeschalteten oder sekundärer vorläufiger Rechtsschutz*)².

La primera de ellas, la protección provisional primaria, se podría producir incluso desde antes de plantear la pretensión principal y hasta la resolución de ésta, y su finalidad estribaría en proporcionar una regulación mientras se encuentre pendiente la decisión de la causa principal³, mientras que la protección provisional secundaria extendería su eficacia a partir del dictado de dicha resolución principal, proporcionándole efectividad mientras no sea firme⁴; así, la protección provisional primaria englobaría a

² Esta teoría tiene origen en BAUR y RITTER, según señala GIESSLER, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*; Munich, 1993, pág. 3.

³ BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen (Alemania): 1967, pág. 10: "Für eine zweite Gruppe von Fällen ist charakteristisch, dass die einstweilige Anordnung selbst und erstmals autoritativ eine bestimmte Rechtslage –wenn auch nur vorläufig-entscheidet und gleichzeitig die Massnahme trifft, die bis zur endgültigen Entscheidung zur Sicherung der Rechtslage erforderlich ist. Prototypen sind der Arrest und die einstweilige Verfügung. Der Arrestklager hat den –zu sichernden- Anspruch glaubhaft zu machen; das Gericht darf den Arrest nur erlassen, wenn der Anspruch schlüssig dargetan und in seinen tatsächlichen Grundlagen glaubhaft gemacht ist. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ordnet das Gericht eine bestimmte Massnahme an. Der vorläufige Rechtsschutz ist hier weder mit einer schon vorher gegebenen autoritativen Entscheidung über die Rechtslage verknüpft noch knüpft er an eine solche an. Diese Gruppe lässt sich mit der Bezeichnung primärer oder vorgeschalteter einstweilige Rechtsschutz versehen".

⁴ RITTER la denominaría "hauptsacheentscheidungsabhängiger Rechtsschutz". GIESSLER, *Vorläufiger...*, ob. cit., pág. 3: "Dem ersten Zeitabschnitt (vor Erlass einer

las medidas cautelares y medidas provisionales, y la secundaria, a la ejecución provisional⁵.

Dejando a un lado la ejecución provisional, que no exige dictado de una resolución de contenido material, y no consiste en medida de tipo alguno, concretamente, en relación con los medios de protección provisional en el proceso de crisis familiar, únicamente existe una reglamentación concreta en relación con la ruptura de la unión matrimonial, ya sea nulidad, separación o divorcio, aunque, como veremos, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se ha ampliado el ámbito de aplicación de estas medidas a las situaciones de crisis familiar en los que sea preciso un pronunciamiento sobre la guarda y alimentos de los hijos menores de edad.

Las medidas provisionales en el ámbito de la protección familiar se clasifican en dos clases de medidas, tanto de naturaleza aseguratoria como

anfechtbaren Entscheidung) ist der vorgeschaltete oder primäre vorläufige Rechtsschutz zugeordnet, der zweite Abschnitt (nach Erlass einer anfechtbaren Entscheidung) wird vom nachgeschalteten oder sekundären vorläufigen Rechtsschutz beherrscht"

Como señala GIESSLER, *Vorläufiger...*, ob. cit., pág. 4, esta diferenciación en la protección provisional es únicamente doctrinal, pues no tiene transcendencia normativa, e incluso, la protección provisional primaria y secundaria pueden aparecer de forma paralela, e incluso superpuestas.

⁵ BAUR, *Studien...*, ob. cit., pág. 12 y 16 consideraba que entre las medidas de la protección provisional primaria se encuentran el embargo y las medidas provisionales (einstweile Verfügung), además de las medidas provisionales en el proceso administrativo, y ejemplo de la protección provisional secundaria o postergada sería la ejecución provisional de las sentencias judiciales y la eficacia de los actos administrativos.

De acuerdo con BAUR, *Studien...*, ob. cit., pág. 16, la posición y las funciones del juez en la protección provisional primaria y secundaria serían diferentes: en la protección anticipada o primaria, la libertad de actuación concedida al juez sería mayor, pues con la protección anticipada, el juez crea un título jurídico aseguratorio o regulatorio, mientras que en la secundaria concurre una previa resolución del juez o de otra autoridad administrativa: *Für die erste Gruppe ist charakteristisch, dass hier die Anordnung des Gerichts einen –sichernden oder regelnden– Rechtstitel erst schafft, während bei der zweiten Gruppe eine autoritative Entscheidung eines Gerichts (einer Behörde) bereits vorliegt*. Apunta además que ambas formas de protección tienen distinto peso, y exigen distintas soluciones, si bien, a pesar de toda diferencia, la finalidad de la protección provisional primaria y secundaria es reparar o paliar el riesgo derivado de la inseguridad jurídica ocasionada por la inexistencia de una resolución definitiva (pág. 10 y 11), sin embargo, entendemos que esta concepción estaba ligada a la excepcionalidad de la ejecución provisional, y que en la actualidad se impone la tendencia a dotar de eficacia a la resolución de primera instancia, siendo la finalidad principal de la ejecución provisional la satisfactiva.

satisfactiva⁶: las medidas provisionales tradicionales del proceso matrimonial y otras medidas provisionales, que pueden estar regladas expresamente o no, y articularse en este caso a través de las medidas cautelares innominadas⁷.

Mediante la ley 30/81 de 7 de julio se creó un sistema de medidas de naturaleza temporal que regularían las relaciones familiares, incluso con anterioridad a la presentación de la demanda, y que serían eficaces mientras no se produjera la finalización del procedimiento.

Estas medidas tendrían el contenido previsto por los artículos 103, 104 y 102 del Código civil, mientras que en su sustanciación, sería la Ley de Enjuiciamiento Civil la que recogiera en sus artículos “concordantes” el procedimiento a seguir, previsto para situaciones de ruptura matrimonial, si bien es posible entender que su radio de aplicación se vea ampliado a situaciones de ruptura paramatrimonial⁸, o de separación de hecho matrimonial⁹.

⁶ El peligro en la mora es definido por CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*, Buenos Aires: 1945, (trad. Sentis Melendo), pág. 42, como aquel que implica la necesidad de una anticipación a la medida definitiva por tardanza de la justicia ordinaria, para la evitación de la producción de sucesos no deseados –tutela preventiva- o simplemente como necesidad de regulación interina en tanto no es efectiva la tutela definitiva –tutela provisional-.

⁷ En cuanto a los presupuestos de las medidas innominadas, el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y prestación de fianza, en esta materia tienen un carácter especial, y en ocasiones pueden verse sustituidos por lo establecido legalmente, como es el caso del sistema establecido en el artículo 158 del Código civil, que permite adoptar medidas protectoras de los menores “dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”.

⁸ La regulación existente de las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio, reguladas en el capítulo X del Código civil, introducida en 1981, ampara aquellas situaciones de crisis familiar que acaben en ruptura de la pareja. Así, en principio, dichas medidas únicamente se podrán adoptar en el ámbito del proceso matrimonial, mas, la evolución social que se ha ido produciendo en la década de los ochenta y los noventa ha provocado una variación de la concepción de la familia, modificándose los límites de ésta, tanto en el campo social como el jurídico ha supuesto que se defienda la aplicación de las medidas provisionales en el proceso de ruptura de las familias no matrimoniales.

⁹ En la nueva LEC de 2000 se ha ampliado el ámbito de aplicación de las medidas provisionales a los procesos de menores en los que exclusivamente se debata la titularidad de la guarda y custodia de los menores así como el establecimiento de alimentos para ellos.

En relación con el ámbito de aplicación de las medidas ha de distinguirse entre los procesos matrimoniales, espacio natural de aplicación de las tradicionales, de otros procesos de familia, en los que habrá de determinarse qué formas de protección provisional son admisibles. Por otro lado, esta división no es estanca, pues, como veremos, en los procesos matrimoniales es posible establecer otras medidas distintas de las tradicionales, y en procesos no matrimoniales también lo es ordenar las de los matrimoniales.

2. Clasificación de las medidas provisionales

Entre las medidas provisionales que se pueden adoptar en el proceso de familia se distinguen principalmente aquellas llamadas tradicionalmente medidas provisionales, reguladas en los artículos 102 a 105 del Código civil, que a su vez pueden clasificarse en medidas y efectos, o medidas previas y coetáneas, de otras medidas provisionales preceptuadas dispersamente.

2. 1. Las medidas provisionales “tradicionales”

a) Las medidas reguladas en el Código civil y la distinción entre medidas y efectos

La ley 30/1981 de 7 de julio modificó la regulación del matrimonio, introduciendo definitivamente el divorcio en nuestro sistema jurídico, después del paréntesis de la Segunda República, y dedicó el Capítulo X del Libro I del C.c. a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, artículos 102 a 106.

El artículo 102 del Código civil establece los efectos que produce la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio; el 103 las medidas que adoptará el juez una vez admitida la demanda, y el 104 indica la posibilidad de adopción de estas medidas previamente a la interposición de la demanda; el art. 105 se refiere a la exención de la obligación de convivencia a la que están sujetos los cónyuges si uno de ellos sale del domicilio conyugal,

presentando la correspondiente demanda en los 30 días siguientes, y el 106 a la eficacia temporal de efectos y medidas.

El artículo 102 del Código civil principia su enunciado disponiendo que “Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la ley, los efectos siguientes”.

Esta calificación legal ha propiciado que la doctrina distinga, entendemos que correctamente, entre las medidas provisionales y los efectos, también llamados efectos legales, automáticos, *ope iudicis* o por ministerio de la ley, y que se producen con la sola admisión de la demanda matrimonial, sin precisar solicitud de parte ni resolución judicial que los ordene, en tanto que las “medidas” únicamente se acordarían por el juez bajo petición¹⁰.

Esta diferenciación podría entenderse incorrecta de acuerdo con los artículos 104 y 106, que se refieren conjuntamente a efectos y medidas, la rúbrica del Capítulo X, que engloba efectos y medidas bajo la denominación de “medidas provisionales”, y el capítulo anterior del Código civil, que no realiza la discriminación apuntada¹¹, teniéndose en cuenta además que la distinción se basa en la inercia de interpretaciones doctrinales anteriores¹².

¹⁰ LORCA NAVARRETE, y DENTICI VELASCO, *El divorcio: Causas y Procedimiento*. San Sebastián: 1981, pág. 102, entre otros también se pronuncian por la distinción entre efectos que se producen por ministerio de la ley y medidas provisionales a petición de los cónyuges. En el mismo sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, en *Capítulo X, Comentario del Código civil*, (Díez Picazo dir.), Madrid: 1991, pág. 413, y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas de derecho de familia*. Vol. II, art. 102. Madrid: 1984, pág. 658.

¹¹ En cuanto a este punto, GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Albaladejo dir.), Tomo II. Madrid: 1982, pág. 449, que también lo sostiene en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral* tomo V, vol. I., (revisado y actualizado por García Cantero y Castán Vázquez); Madrid: Reus, 1987, pág. 1009, quien consecuentemente estima en *Comentarios...*, ob. cit., pág. 459, que dichos efectos *ope legis* “no se producen de oficio con la mera presentación de la demanda matrimonial, sino que en el suplico de ésta debe formularse la petición correspondiente”.

¹² Según FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho de familia. La separación y el divorcio en el derecho español vigente*; Barcelona, 1982, pág. 463, la distinción entre efectos *ope legis* y *ope iudicis* venía planteada por la interpretación de la doctrina respecto de las que prevenía la ley de 24 de abril de 1958, y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios...*, ob. cit., pág. 657, señala que ya en la ley de Divorcio de 1932 se regularon

Fuera de la distinción entre efectos y medidas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos en cuestión, DE LOS MOZOS considera que se distinguen efectos y medidas en virtud de los intereses en juego; así, los primeros harían referencia a los intereses particulares de quien ha pedido o va a pedir la nulidad, la separación o el divorcio, y las segundas contemplarían los intereses de la otra parte, y fundamentalmente de los hijos o de la familia¹³.

Sin embargo, entendemos que se distinguen por el carácter inmediato o mediato de su protección; los efectos se distinguen de las medidas por conceder una regulación provisional inmediata y esencial: dan una solución al enfrentamiento que la crisis produce entre la obligación matrimonial de vivir juntos (art. 68 C.c.) y el derecho constitucional a la libertad de elección de residencia y libre circulación del artículo 19, y otorgan una protección patrimonial expedita de carácter conservativo, que impide, con la revocación de los poderes, que se realicen transacciones perjudiciales para alguno de los cónyuges, y posibilitan una primera independencia de los bienes privativos respecto a la potestad doméstica.

Frente a esta primera protección inmediata de los “efectos”, las “medidas” serían una protección postergada, que precisaría de una mínima tramitación procesal para su otorgamiento dada la inadecuación de una concesión automática de medidas tales como la guarda de los menores, alimentos, etc.

Por otra parte, existe cierta graduación en relación el automatismo de los efectos, pues mientras que algunos como la cesación de la presunción de la convivencia conyugal o la revocación de poderes se producen sin

separadamente ciertos efectos jurídicos que se producían automáticamente interpuesta y admitida la demanda de separación, sin que fuera necesario ser pedidos ni acordados por el juez, a diferencia de otras medidas provisionales, a instancia de parte y señaladas por el juez..

¹³ DE LOS MOZOS y HERRERO GARCÍA, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en *Matrimonio y divorcio: comentarios al nuevo título IV del Código Civil*; (Lacruz Berdejo coor.); Madrid: 1982, pág. 804, teoría apoyada por SANZ VIOLA, «Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las leyes de 7 de julio de 1981 y de 6 de agosto de 1984»; La Ley, 1985-3. pág. 1016.

posibilidad de pacto en contrario, otros como la imposibilidad de vinculación de los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica admiten pacto en contrario, pudiéndose continuar en la vinculación si expresamente lo pactan los cónyuges.

De todas maneras, entendemos que incluso respecto de los efectos en los que la voluntad de las partes no influya en su nacimiento, ésta puede tener cierta trascendencia de índole extraprocesal, como por ejemplo cuando los cónyuges vivan juntos o se otorguen poderes¹⁴.

En otro orden de cosas, es cuestionable la aplicabilidad de la distinción entre medidas y efectos respecto de las solicitadas con anterioridad a la presentación de la demanda, pues como bien señala RIVERO HERNÁNDEZ, aunque la característica esencial de los efectos del artículo 102 sea el automatismo, para que éstos se produzcan con anterioridad a la presentación de la demanda es preciso que los anteceda una solicitud y un pronunciamiento judicial¹⁵.

Concretamente, los efectos que surgen de la presentación de la demanda son, de acuerdo con el artículo 102 C.c., que los cónyuges pueden vivir separados, que cesa la presunción de convivencia, y que los poderes y consentimientos otorgados mutuamente quedan revocados, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge.

¹⁴ El efecto de la presunción de convivencia separada surtirá efectos en cuanto a la determinación de la filiación matrimonial de los hijos (art. 116 C.c.), la solicitud de nulidad (art. 75 C.c.), separación (87 C.c.) o divorcio (86 C.c.), y en cuanto al nuevo apoderamiento, sería una cuestión patrimonial sobre la que las partes tendrían la disposición, mas que en todo caso no se inscribirá en el ámbito de sus relaciones patrimoniales matrimoniales, sino de sus relaciones como individuos particulares. En este sentido señala LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, IV, derecho de familia*, (con Sancho Rebullida); Barcelona: 1984, pág. 268, que los efectos por ministerio de la ley no podrían desvirtuarse por acuerdo en contra de los cónyuges: al producirse los efectos automáticamente, las partes no podrían pactar lo contrario a lo regulado en la ley, y el juez tampoco estaría legitimado para ello. Así, por ejemplo, en relación con el efecto de la potestad de vivir separados, si los cónyuges acordaran un convenio en el que se obligaran a convivir en el domicilio los fines de semana, este convenio sería nulo; el pacto por el que uno se hiciera responsable de las deudas domésticas del otro constituiría una fianza ordinaria, y el apoderamiento del uno al otro, que no está prohibido por el art. 102, sería nuevo, y no afectarían a la esfera de lo familiar

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a la Reforma...*, ob. cit., pág. 736.

El artículo 102.2º III señala además la posibilidad de instar la oportuna anotación en el Registro Civil, de la Propiedad o Mercantil, lo que claramente no se puede incluir dentro de los efectos *ipse iure* del artículo 102, puesto que su adopción queda al arbitrio de los cónyuges; se trata de una de las manifestaciones del principio dispositivo en el proceso matrimonial, que se hace aplicable precisamente por el carácter dispositivo del derecho patrimonial que tiende a proteger la anotación.

En el artículo 103 del Código civil se recogen las medidas que habrá de adoptar el juez, admitida la demanda, si no existe acuerdo entre los cónyuges aprobado judicialmente, y que concretamente son las relativas a los hijos –guarda, régimen de visitas- y otras que les afectan indirectamente –uso de la vivienda y fijación de la contribución a las cargas-, además de otras referentes a las relaciones patrimoniales de los cónyuges, como el reparto de los bienes y del ajuar, la rendición de cuentas, el régimen de administración de los bienes afectos a las cargas, así como otras medidas de apoyo o aseguramiento de éstas.

En el artículo 104 del Código Civil se dispone que los efectos y medidas reguladas en los artículos 102 y 103 podrán instarse cuando se tenga intención de interponer la demanda matrimonial, que habrá de presentarse en el plazo de un mes, si bien parte de la doctrina se resiste a una absoluta identificación entre los contenidos de las medidas y efectos con la admisión de la demanda y las medidas “previas” o “provisionalísimas”¹⁶.

En el artículo 105 del Código civil se recoge un *tertium genus* de las medidas provisionales, junto a las previas y coetáneas, pues en él se dispone que “no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio

¹⁶ En contra de que las medidas previas se igualen a las coetáneas, VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona:, 1982, pág. 205, opina que el Juzgado sólo debe adoptar aquellas medidas que “en forma rápida y simple, y con la prueba que las partes aporten y sea practicable, pueda decidir, no dando lugar a las otras que podrán ser replanteadas, qué duda cabe, en las medidas provisionales simultáneas. De lo contrario hay el peligro de caer en grandes injusticias por la rapidez y precariedad del procedimiento o en la corruptela de hacer durar la comparecencia los días necesarios para practicar toda la prueba que se proponga...”...

conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores”, lo que supondría facultar la “separación provisional previa de hecho”, que bien puede ser calificada como “preprocesal” como anterior a las medidas previas y a las simultáneas¹⁷, que adquiriría eficacia con la presentación de la solicitud de medidas previas, o la demanda de nulidad, separación o divorcio, ya que hasta entonces consiste en una separación de hecho, legitimada y convertida en separación legal provisional tras la presentación de la solicitud en instancias judiciales¹⁸.

La medida del artículo 105 C.c. tendría una doble finalidad: por una parte, facultar al cónyuge a vivir separadamente, pudiendo fijar por lo tanto otro domicilio, sin violar la obligación de convivencia conyugal, que quedaría suspendida¹⁹, y por otro posibilitaría la preparación de la demanda matrimonial. Su contenido no se puede extender a otras medidas como la guarda de los hijos menores, pues, como señala acertadamente VEGA SALA, el carácter excepcional de la norma obliga a interpretarla restrictivamente, por lo que no cabe llevarse a los hijos, tengan la edad que tengan, ni muebles ni enseres, salvo lo necesario para vestirse, etc. Si el cónyuge contraviniera estos límites carecerá de cobertura legal ex. art. 105, y el otro cónyuge podrá reclamarle por otras vías²⁰, como la denuncia por coacciones, cuando el primero se llevara a los menores consigo o impidiera el uso de la vivienda familiar al segundo²¹.

¹⁷ ALONSO FURELOS, *Las medidas provisionales y los procesos matrimoniales en el derecho español*; Córdoba, 1989, pág. 55.

¹⁸ SAURA, «De los efectos y las medidas provisionales en la ley 30/81», en *Justicia* 82, pág. 74, indica que será posible solicitar en los treinta días la demanda principal o incluso las medidas provisionales.

¹⁹ SAURA, «De los efectos y las medidas...», ob. cit., pág. 73, estima que el artículo 105 tendría una función de remedio urgente ante situaciones de necesidad extrema, que vendría a sustituir al contenido del artículo 1882 en dicha función, adaptado a la igualdad entre los sexos que debe afectar nuestro sistema jurídico tras la promulgación de la Constitución.

²⁰ VEGA SALA, *Síntesis práctica...*, ob. cit., pág. 208 y 209.

²¹ Por el contrario, los delitos de carácter económico que uno de los cónyuges cometiera, en contra de los intereses del otro, no son perseguibles penalmente, pues de acuerdo con

b) Las medidas provisionales en las leyes procesales y la distinción entre medidas previas y coetáneas

La ley 30/1981, de 7 de julio, a la que ya nos hemos referido, resolvió los aspectos procesales de la nulidad, separación y divorcio de forma provisional²², con una regulación en sus disposiciones adicionales, que enviaban a su vez para diversas cuestiones a distintos artículos de la LEC²³.

La DA 5ª. remite al procedimiento de incidentes con especialidades para regular el proceso matrimonial contencioso, la DA 7ª. remite al juicio declarativo ordinario para ventilar las pretensiones de nulidad con causa en error, miedo o coacción, y la DA 4ª. a preceptos correspondientes a las medidas provisionales en relación con las personas, del Libro III de la LEC, para la adopción de las medidas provisionales de los artículos 103 y 104 del Código civil²⁴.

Esta regulación resulta problemática, ya que en la DA 4ª. se establece que los trámites a seguir para la consecución de las resoluciones a que se

lo señalado en el artículo 268 del Código Penal, están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho, o en proceso de nulidad, separación o divorcio, y siempre que no concurra violencia o intimidación, si bien entendemos que, una vez iniciado el proceso civil, ya sea matrimonial o no, el juez podrá ordenar el reintegro de los bienes de que se trate, con la consecuentes actuaciones judiciales ante la desobediencia.

²² La idea de provisionalidad que produce el encabezamiento de dichas disposiciones, “en tanto no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil” se justifica en los defectos que la regulación presenta, parece que originados en la falta de acuerdo entre los procesalistas que intervinieron en la elaboración de la ley. ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, Tomo I, Proceso civil; Madrid: 1996, vol. II, pág. 519, indica que “*las dificultades políticas que implicaba la admisión del divorcio provocó la existencia de una reforma precipitada, descuidada, confusa, insuficiente y ambigua*”.

²³ Compartimos la crítica de MORENO CATENA, *Procesos civiles especiales* (con Cortés y Gimeno); Madrid: 1996, pág. 168, a la insuficiencia de una regulación procesal a base de apéndices, que apuntan el descuido del legislador, sobre todo ante la comparación con la material. Esta deficiencia es tanto más censurable si se tiene en cuenta que es precisa la intervención judicial para operar la modificación del estado matrimonial.

²⁴ La DA cuarta se refiere también a la resolución judicial a la que alude el artículo 70 del Código civil, relativa a la fijación del domicilio conyugal cuando existiera discrepancia entre los cónyuges; vamos a obviar esta referencia, ya que no tiene objeto en un estudio de medidas provisionales o de protección ante las crisis familiares, además de por no tener relevancia práctica.

refiere el artículo 104 del Código civil -esto es, aquellas medidas anteriores a la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio- serán los de los artículos 1884, 1885 y concordantes, mientras que en relación con el procedimiento correspondiente a las medidas del artículo 103, coetáneas a la demanda, se remite a los artículos 1896 y siguientes de la LEC.

Los preceptos de la ley procesal se inscriben bajo la rúbrica *Medidas provisionales en relación con la mujer casada* en la Sección 1ª del Título IV de la Primera Parte del Libro III de la LEC, de la jurisdicción voluntaria, con la redacción dada por la ley de 24 de abril de 1958; la única modificación que han sufrido se produjo por la ley 34/84 de 6 de agosto de 1984, que sólo suprimió determinadas referencias, y que fue por lo tanto de muy dudosa utilidad.

Por otra parte, la clasificación entre medidas previas y coetáneas, que ha devenido la más utilizada en la práctica y también por la doctrina, se basa en la apreciación del momento en que se dictan, y es asumida en las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/81 de 7 de julio, aunque no entre los artículos del Código civil, ni en los arts. 1881 y siguientes de la LEC vigente (mas sí aparece en el articulado de la de 2000) y tiene su origen en la regulación anterior a 1981.

La justificación de estas medidas estribaba en la protección transitoria de la mujer en las situaciones de crisis matrimonial, en las que era la parte más débil económica, jurídica y socialmente. En la actualidad, esta situación de base ha cambiado²⁵, y se tiende a subrayar la igualdad de hombre y mujer

²⁵ LACRUZ BERDEJO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del libro primero del Código civil*. Madrid: 1982, pág. 121, considera que entre las medidas previas anteriores al 81 y las posteriores existe una diferencia fundamentalmente de finalidad: el hombre era el que tenía la potestad de administración del patrimonio ganancial, la titularidad de la patria potestad de los hijos comunes, fijación del domicilio conyugal etc., por lo que en el momento de separación, en el que la mujer quedaba a merced del esposo, se articulaban estas medidas provisionales favorecedoras de la esposa, que compensaban los poderes desmesurados del marido, mientras que en la actualidad ésta no es la finalidad de la regulación, que ha dado un giro al establecerse constitucionalmente la igualdad de hombre y mujer en el matrimonio. En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas medidas provisionales en los procesos matrimoniales en Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y*

en el matrimonio y fuera de él, con lo que la regulación de las medidas aparejadas a la crisis matrimonial por dichos preceptos no actualizados propicia que prácticamente toda la doctrina se manifieste crítica con el contenido de la LEC, a la que se reprocha descoordinación con el C.c., incoherencia entre lo señalado por la DA cuarta y entre los mismos artículos de la LEC, confusión en lo señalado en ellos mismos, y discriminación por razón de sexo entre otras cuestiones²⁶.

Como indicábamos, parece que la DA 4ª. de la ley 30/1981 de 7 de julio quiso establecer dos procedimientos diferentes para las medidas provisionales de los artículos 102 a 106 del Código civil; uno para aquellas que se solicitan antes de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio²⁷ y otro para las coetáneas o posteriores a dicha presentación.

experiencias (colectivo); San Sebastián, 1992, pág. 122, y ROMERO COLOMA, *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*. Barcelona: 1994, pág. 55.

²⁶ GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio* (con López-Muñiz); Madrid: 1992, 4ª. ed., pág. 145, apuntan que el galimatías producido se debió a que el legislador de la ley 30/81 dio más importancia al aspecto político que al técnico, CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales*; Madrid: 1994, pág. 302. LORCA NAVARRETE, *Anotaciones críticas al régimen legal de las medidas a adoptar con ocasión de la incoación de procesos matrimoniales*, en *Los juzgados de familia y los procesos matrimoniales 10 años después, (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: 1992, pág. 137, critica la duplicidad contradictoria entre lo regulado en el Código civil y en la LEC., y GONZÁLEZ VICENTE, *Contenido de las medidas provisionales y su resolución judicial*, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después...*, ob. cit., pág. 143, se refiere a una “desafortunada redacción”.

Por su parte, HIJAS FERNÁNDEZ, *Problemática procesal en el derecho de familia*, en *Derecho de familia, Cuadernos de derecho Judicial*, 1993, X, pág. 355, estudiando la remisión de la DA 4ª. a los artículos de la LEC alude a “serios despropósitos legislativos”, y RICH OLIVA, *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los procesos en los juzgados de familia*; Barcelona: 1993, pág. 68, se refiere a confusión y contradicciones.

²⁷ PEREDA GÁMEZ, «Las medidas provisionales, medidas cautelares y medidas caucionales en el proceso matrimonial»; *Justicia* 95, nº. I-II, Barcelona, p. 110 otorga una funcionalidad especial a las medidas previas, ya que considera que estarían llamadas a desempeñar una función protectora de los derechos fundamentales de la persona, a falta de desarrollo de la previsión del artículo 53.2 de la Constitución Española, en el concreto ámbito del proceso matrimonial, opinión que no compartimos, porque si bien estas medidas contienen elementos de protección de derechos como los de integridad física o libertad de

Así, para la obtención de las medidas anteriores a la presentación de la demanda, el procedimiento aplicable será el indicado por los artículos 1.884, 1.885 y concordantes de la LEC, en los que no se indica procedimiento alguno, y sólo recogen aspectos accesorios del esperado procedimiento: el artículo 1.884 LEC se refiere a la falta de necesidad de concurrencia de abogado y procurador y a la imposibilidad de plantear cuestiones de competencia, mientras que el 1885 indica el plazo de validez de dichas medidas²⁸. Por otro lado, el procedimiento al que remite la DA 4ª. II para la adopción de las medidas del artículo 103 del Código civil, esto es, una vez admitida la demanda, es el establecido en los artículos 1896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí contienen un procedimiento, aunque defectuoso, como veremos²⁹.

Sin embargo, la dualidad procedimental asumida en la ley 30/81 no es compartida por un sector de la doctrina y jurisprudencia, para los cuales sólo existe un procedimiento aplicable³⁰.

residencia, no constituyen un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, como exige el art. 53.2.

²⁸ En cuanto a la referencia a los artículos “concordantes” de la Ley de Enjuiciamiento Civil, produce aún más desorientación, ya que los artículos de la LEC englobados bajo el título *Medidas provisionales en relación con la mujer casada* no son coherentes con la realidad social, ni con lo recogido en la Constitución Española ni en el Código civil; ni siquiera entre los mismos artículos de esta sección existe coherencia

²⁹ Varios autores han destacado la falta de constitucionalidad de la regulación de los artículos 1881 y siguientes de la LEC, así como el sorprendente olvido del legislador, que en numerosas ocasiones ha tenido la oportunidad de modificarlos. Entre ellos, CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales...* ob. cit., pág. 302, señala que la aplicación de los artículos 1881 y siguientes de la LEC “roza la inconstitucionalidad”, HIJAS FERNÁNDEZ, *Problemática procesal...*, ob. cit., pág. 353, se sorprende por la pasividad legislativa, y RICH OLIVA, *Las medidas provisionales...*, ob. cit., pág. 68, menciona la incomprensible modificación de los artículos 1881 y siguientes que eliminó las referencias a la querella por amancebamiento en 1984 sin corregir las referencias discriminatorias.

³⁰ En este sentido, VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*; Madrid: 1982, pág. 396, GARCÍA CANTERO, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en *Comentarios al Código civil*; Madrid: 1982, pág. 468, ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Madrid: 1990, pág. 251 y en *Aspectos procesales...*, ob. cit., pág. 52 y 53, y VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona: 1982, pág. 206 y 207. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso de derecho de familia; tomo I, matrimonio y régimen económico*.

En la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se prevé un nuevo sistema de medidas provisionales que supone un cambio en la actitud legisladora, superándose el espíritu de la ley de 1981, absorta en la problemática de la causalidad de la ruptura y de la eficacia de las resoluciones canónicas, y por tanto ajena a la importancia de las medidas aparejadas a la ruptura matrimonial³¹.

En dicha ley se regulan los procesos matrimoniales junto a los llamados “de menores” en el título primero -sobre los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores- del libro IV, introduciéndose así una importante novedad, consistente en el otorgamiento de una vía procedimental especial fuera del proceso matrimonial para la determinación de alimentos o la potestad de guarda relativas a los hijos menores, en la que además será aplicable el procedimiento de medidas provisionales de los procesos matrimoniales.

Madrid: 1988, pág. 171, indica que “En principio, las medidas previas y provisionales son las mismas y sólo se distinguen por su momento procesal y por la esencial caducidad de las medidas previas”, y SANZ VIOLA, *Las medidas previas a la interposición...*, ob. cit., pág. 1017, también considera que ambos tipos de medidas tienen el mismo contenido.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1999, RJ 1999/647, se absuelve a un juez de responsabilidad por entenderse que el criterio interpretativo que adoptó en relación con la admisibilidad de medidas coetáneas una vez otorgadas previas, si bien erróneo, era discutible, por lo que el juez no cometió infracción. Esta interpretación consistía en que, como había dictado auto de medidas previas, en el cual no se incluía régimen de visitas de la hija común de dos años, se negó a resolver sobre medidas provisionales instadas por el padre, con el fin de evitar la duplicidad de tramitación, pues entendió que ambos procedimientos eran el mismo. Además, tampoco fue admitida la oposición al auto que no resolvía medidas coetáneas, con imposición de costas, oposición a la que se adhirió el Ministerio fiscal, pues entendía que había de acordarse la medida de régimen de visitas, y señalaba la irregularidad de que las medidas previas se dictaran sin su concurso. En la Audiencia Provincial se dio la razón al recurrente, e incluso se advirtió al juez de primera instancia de lo irregular de su proceder. Se indica en la sentencia del TS que “*el conjunto normativo resultante no es todo lo coherente que debiera, de modo que su aplicación ha dado lugar a diversas interpretaciones y dudas doctrinales, pues mientras que algunos han mantenido la persistencia de unas medidas provisionales, diferenciadas de las medidas provisionales, otros entienden que prevalece sólo un tipo de medidas –las provisionales– que se pueden adoptar en momentos temporales distintos, ya sea, con carácter previo a la interposición de la demanda, ya sea con posterioridad a la misma*”.

³¹ El informe del CGPJ considera positivo que se hayan seguido las directrices del libro blanco de la justicia, que ya señalaba la necesidad de establecer un procedimiento único,

En relación con la distinción entre medidas previas y coetáneas, es curioso el sistema introducido por la ley de 2000, pues por un lado se identifica el procedimiento para la obtención de las medidas previas y de medidas coetáneas, y por otro se introduce un trámite para el otorgamiento de medidas urgentes. Lo primero implica coherencia con los artículos 102 a 106 del Código civil, cuyo contenido no hace pensar en la limitación a las situaciones de urgencia para la concesión de las medidas previas a la demanda ni en distinciones procedimentales. La primera consecuencia de la unidad procedimental es la imposibilidad de reiteración del procedimiento, lo cual es también lógico dada la naturaleza transitoria de la protección provisional y la eficacia inmediata de las medidas principal³².

En cuanto a la segunda cuestión, la creación de un procedimiento sumarisimo para la adopción de medidas urgentes en el artículo 771.2, obedece a una necesidad práctica en situaciones de necesidad como las de maltrato familiar. Estas nuevas medidas podrían calificarse como urgentes, provisionalísimas o previas urgentes y su contenido se encuentra limitado a determinadas medidas –los efectos del art. 102 C.c. y las medidas de guarda y uso de la vivienda familiar-, y no es preciso realizar ningún trámite para su obtención, fuera de haber solicitado medidas previas a la demanda.

De esta forma, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se distinguen por su tramitación dos clases de medidas provisionales: las previas urgentes, del artículo 771.2, y las provisionales, que a su vez se pueden solicitar en dos momentos procesales diferentes, por lo que se

sin recursos, y la sustitución de las medidas provisionales por las contenidas en la sentencia.

³² De esta manera, en un plazo máximo aproximado de un mes se pueden obtener las medidas provisionales solicitadas con anterioridad a la admisión de la demanda: la comparecencia se celebrará en los diez días siguientes - que de acuerdo con el artículo 132 del mismo proyecto deberán ser hábiles, ya que los plazos por días excluyen los días inhábiles (con lo que se supera la duda actual de que las medidas provisionales sean de jurisdicción voluntaria y que por lo tanto, de acuerdo con el art. 1812 LEC no se excluyan los días inhábiles), según el 129 del proyecto domingos y festivos, además de los pertenecientes a agosto- al momento del examen de la solicitud del cónyuge realizado por el juez, y la práctica de la prueba puede realizarse en los diez días siguientes.

pueden calificar de previas y de coetáneas, si bien ambas siguen las mismas normas de procedimiento, salvo en lo relativo a la competencia, que es diferente, y que puede acarrear problemas en la práctica.

Entre los ordenamientos de los países vecinos se observa sólo en algunos casos la existencia de diversas categorías de medidas provisionales. En Italia existen medidas que se diferencian por el momento y el juez que las dicta, mientras que su contenido es análogo, así, las medidas provisionales (*provvedimenti temporanei e urgenti*) que pueden ser dictadas por el presidente (*provvedimenti presidenziale*) o por el juez Instructor, que también puede modificar las dictadas por el presidente. Las medidas presidenciales no pueden ser identificadas con las medidas previas o provisionalísimas, puesto que las primeras se dictan una vez presentada la demanda y, aunque se concedan tras la primera comparecencia, se asimilan en mayor grado a nuestras medidas coetáneas en el resto de su regulación³³.

En el derecho francés se observan dos grupos de medidas provisionales dependiendo del momento en que se soliciten, pues podrá estar la competencia del juez limitada a la adopción de determinadas medidas: entre el período entre la presentación de la “requête initiale” y la designación del juez de familia como juez del asunto, el juez de familia es juez de los “référés”, pero sólo respecto de las medidas que el artículo 257 del Código civil le permite: puede facultar a los esposos a vivir separados y tomar ciertas

³³ RAGOZZINO y GUERRERI, *Separazione e divorzio*. Italia, Milano: 1993, pág. 35 y ss.

El juicio de separación y divorcio se articula en dos fases, y las medidas temporales italianas se diferencian entre sí por el momento procesal en que son dictadas y por la persona que lo hace: en primer lugar el presidente, en la primera fase del juicio, tras haber dado audiencia a las partes en el acto de conciliación. Posteriormente, el juez instructor, siguiendo los cauces del proceso ordinario de cognición, podrá modificar las medidas tomadas por el presidente a su voluntad y cuantas veces quiera, vinculado por la necesidad de que haya un cambio de circunstancias: “Il giudice istruttore può inoltre revocare o modificare anche più volte i provvedimenti emessi dal presidente: e ciò indipendentemente da *mutamenti nelle circostanze* esistenti o note al presidente al momento della loro emissione. Mutamento delle circostanze può intendersi infatti anche come più approfondita valutazione di una stessa situazione di fatto, specie ora che la legge sul divorzio, applicabile anche al giudizio di separazione, ammette la modificabilità senza limiti dell’ordinanza presidenziale pur senza mutamento delle circostanze.”

medidas conservativas. Para adoptar otras medidas sería competente el juez de los référé. Después de la distribución del asunto, el juez de familia goza de su papel absoluto de juez “de la mise en état”, que incluye las competencias del de los référé, del juez conciliador y del juez regulador del procedimiento³⁴, y puede suprimir, modificar o completar las medidas si sobreviene un hecho nuevo, con el fin de adaptarlas a la evolución de la situación³⁵.

El derecho belga distingue las medidas por el juez que las dicta: existen medidas provisionales en sentido estricto, otorgadas por el juez de lo provisional, que conoce de la materia por la urgencia, independientemente del proceso principal ya se haya iniciado o que será o podría serlo ante el juez de lo principal. Las medidas del juez de lo provisional no vinculan de ninguna manera al de lo principal, que puede pronunciarse de manera completamente diferente sobre las mismas medidas. El juez de lo provisional puede modificar las medidas si concurre un cambio de circunstancias. Estas medidas pueden ser conservativas, que a su vez se clasifican en de espera o de instrucción, o bien pueden estar destinadas a asegurar el respeto a los derechos aparentes de una de las partes, llamadas de référé-provision porque prejuzga de alguna manera el fondo que será competencia del juez de lo principal. En cuanto al juez de lo principal, puede dictar medidas provisionales si alguna de las partes se lo solicita³⁶.

Entre los ordenamientos que no distinguen medidas provisionales estaría el alemán. Las medidas provisionales reguladas por la

Ibidem, pág. 40 y 41; FORTINO, *Diritto di famiglia*; Milano (Italia): 1997, pág. 294; AULETTA, *Il diritto di famiglia*; Torino (Italia): 1997, págs. 229 y ss. y 270.

³⁴ COUCHEZ, *Procédure civile*; Paris: 1998, pág. 28.

³⁵ COURBE, *Droit de la famille*; Paris: 1997, pág. 156.

³⁶ RENCHON, «Les mesures provisoires relatives aux biens des époux», en *Revue trimestrielle de droit familial*; 3 enero 1998, Bruxelles (Bélgica); pág. 460 y ss.

El artículo 1258 del Code Judiciaire belga indica, tras la reforma de 1994, que en la audiencia de introducción, y si las partes no se reconcilian, el juez puede aprobar parcial o totalmente los acuerdos de las partes relativos a las medidas provisionales, y que en caso de no existir acuerdo, reenvía la causa a la primera audiencia como juez de los référé, si ya no ha sido inscrita anteriormente, pues en el primer escrito que realicen las

Zivilprozeßordnung en su parágrafo 620, tienen un contenido similar al de las españolas, y tienen como presupuesto la pendencia de una causa matrimonial, si bien pueden adoptarse algunas de ellas en otros juicios de familia³⁷. En Portugal tampoco existe clasificación de las medidas por el contenido, momento o juez competente, pues éste puede acordar en cualquier momento del proceso, ya sea por iniciativa propia o a requerimiento de alguna de las partes, un régimen provisional sobre alimentos, ejercicio del poder paternal sobre los hijos y utilización de la vivienda familiar (art. 1407.7 Código de processo civil).

2. 2. Otras medidas provisionales

Como indicábamos anteriormente, junto a las tradicionalmente llamadas medidas provisionales de los procesos matrimoniales de los artículos 102 a 106 del Código civil existen otras: por un lado, las susceptibles de adoptarse en los mismos pleitos, pero no establecidas expresamente en la normativa referente al juicio matrimonial, y por otro, un catálogo de medidas que se pueden adoptar en otros procesos de familia distintos del matrimonial, de contenido análogo al de las medidas de éste.

Entre las medidas diferentes a las tradicionales susceptibles de adoptarse en el marco del proceso matrimonial podríamos distinguir aquellas que sin regularse expresamente pueden entenderse comprendidas entre las medidas provisionales, como sería el caso de la medida de suspensión de la sociedad de gananciales, de concesión de régimen de visitas a terceros, o de suspensión del ejercicio de la patria potestad, de aquellas otras que no se pueden inscribir en este ámbito, como la de prohibición de expedición de pasaporte o de salida del territorio nacional del menor de edad, así como la de alejamiento o interdicción de la comunicación con el cónyuge, de origen jurisprudencial.

partes pueden demandarse medidas provisionales e inscribirse para audiencia de référé, de acuerdo con el artículo 1254.

³⁷ ZPO, comentada por ZÖLLER, Köln: 1997, 20ª. ed., pág. 1394 y ss.

Por otra parte, las medidas provisionales admisibles en otros procesos de familia pueden ser análogas a las de las matrimoniales, como las medidas sobre guarda, alimentos, patria potestad, uso de la vivienda, etc., que se han regulado expresamente en la nueva Ley de enjuiciamiento civil respecto de los hijos menores, en el llamado “proceso de menores”.

Las medidas provisional que en el ámbito del proceso matrimonial y no matrimonial se pueden otorgar y no se encuentran expresamente reguladas tienen en común su tratamiento procesal a través de la tutela cautelar innominada de los artículos 1428 de la LEC de 1881 ó 727. 11º de la nueva LEC.

3. Medidas provisionales y medidas cautelares

Con el fin de proteger la situación de los miembros que componen la familia en crisis, el ordenamiento establece las medidas cautelares.

Como veremos, la actuación de las medidas de protección de esta clase no se circunscribe únicamente a las situaciones de ruptura matrimonial, sino que también pueden solicitarse medidas de protección vigente el matrimonio, cuando se produjeran faltas de los progenitores en relación con el mantenimiento de su prole, o en los casos de desprotección de los menores.

En cuanto a las tradicionalmente llamadas “medidas provisionales”, anticipamos que entendemos que son medidas cautelares especiales, especialidad que precisamente se debe a la materia sobre la que ejercen cautelas, y a su la concreta regulación, que las aparta en algunos puntos del sistema general de medidas cautelares.

3.1. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares se han definido doctrinalmente como objeto del proceso cautelar³⁸ o consecuencia de la acción cautelar³⁹, si bien en la

³⁸ CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*; Mexico D.F., 1994, pág. 228 y ss., defiende la existencia de un proceso cautelar, *tertium genus* de proceso contencioso, junto

actualidad es casi unánime la consideración de las medidas cautelares *bajo el perfil de la medida en sí misma*⁴⁰.

En un sentido estricto, la medida cautelar sería aquella que sirviera al proceso principal proveyendo durante el tiempo en el que la resolución definitiva no se dictara o pudiera hacerse efectiva, y cuya finalidad esencial o primera sería la facilitación de la futura ejecución definitiva, permitiendo

al proceso declarativo y al ejecutivo, de los que se distingue por la diferente finalidad, que no en la composición de la litis. En este sentido, señala CALAMANDREI, *Introducción al estudio...*, ob. cit., pág. 32, que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado. GÓMEZ ORBANEJA sigue la doctrina de CARNELUTTI en *Derecho Procesal*, vol. I, Derecho Procesal Civil, Madrid: 1949, pág. 6, ya que entiende que el proceso tiene una tercera función o modalidad, junto a la declarativa y la ejecutiva: la aseguratoria o cautelar, “*mediante la cual, o bien se aseguran los objetos de la posible ejecución de un posible derecho (embargo preventivo, aseguramiento de bienes litigiosos), o bien se adelanta la obtención del bien pretendido (alimentos provisionales, “interdictos” de obra nueva y ruinoso)*”.

En el mismo sentido de distinción del proceso cautelar en función de su finalidad, GUASP, *Derecho procesal civil*, (con Pedro Aragoneses), Tomo II, Procesos especiales y jurisdicción voluntaria; Madrid: 1998, pág. 527, los incluye en la categoría de procesos de *facilitación de los efectos*, y ORTELLS RAMOS, con CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, 1996, pág. 4 y ss., define, siguiendo a GUASP, el proceso cautelar como *aquel que tiene por finalidad facilitar otro proceso (el proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados*. El mismo autor, se refiere en «Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1891-1996)», *Tribunales de Justicia*, 6/1997, págs. 623 y ss., a la tutela judicial cautelar como formante del derecho a la tutela judicial efectiva.

RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*, T. II.; Barcelona: 1997, pág. 727 y ss., contrario a esta corriente, indica que la posición de ORTELLS sugiere una concepción que integra en el marco de la justicia preventiva un derecho sustancial de cautela, formado por las medidas cautelares, que incluirían a su vez todas aquellas medidas o instituciones con una finalidad aseguratoria o precautoria.

³⁹ CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, tomo I, trad. de la 3ª. ed. Italiana por Casais y Santalo; Madrid: 1977, pág. 283.

⁴⁰ CALAMANDREI, *Introducción al estudio...*, ob. cit., pág. 31.

HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, (con Gómez Orbaneja); Madrid: 8ª. ed., 1979, pág. 231, señala la voluntad general a partir de la II Reunión de Profesores de Derecho procesal de las Universidades Españolas, celebrada en Zaragoza en 1966, de sistematizar y recoger de manera unitaria las medidas cautelares, adoptándose la denominación de medidas cautelares con preferencia a la de proceso cautelar, defendida por él mismo hasta entonces, puesto que aunque en algunos casos exista un proceso cautelar, la generalidad de las medidas se dan de manera aislada, o bien integradas en una fase del proceso principal.

dicha ejecución al mantener el estado existente o modificándolo con el fin de procurar la efectividad de la futura ejecución.

a) Características de las medidas cautelares

Tradicionalmente, la doctrina ha considerado que las medidas cautelares gozan de unas características comunes que son la “instrumentalidad”, la “temporalidad” y la “homogeneidad”.

La nota verdaderamente típica de las medidas cautelares sería, como indica CALAMANDREI, la **instrumentalidad**⁴¹, también llamada “accesoriedad”, propiedad definitoria de las medidas dado que todas las demás que se les pudieran atribuir derivarían de ésta⁴².

CALAMANDREI concreta que la relación de instrumentalidad entre las medidas cautelares y el proceso principal se basa en que *las resoluciones cautelares nacen al servicio de una resolución definitiva*⁴³, y para ORTELLS significaría la vinculación de la medida a la función de asegurar la efectividad práctica de la sentencia, siendo las manifestaciones de la instrumentalidad la dependencia de un proceso principal para su

⁴¹ En el mismo sentido, CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: 1992, 327 págs., pág. 31, indica que la nota característica de las medidas cautelares es la instrumentalidad, que significa que la medida ha de estar subordinada a la existencia de un proceso principal, y que su finalidad se concreta en posibilitar que en el momento de dictarse la sentencia correspondiente, ésta se pueda ejecutar en sus términos, por no haberse modificado durante el proceso la situación preexistente.

GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso civil*; Oviedo: 1996, 3ª. ed., pág. 547, indica que las características de las medidas cautelares serían la instrumentalidad y la temporalidad, haciendo referencia a la solicitud de parte, actuación sumaria y revocabilidad.

RAMOS, *Enjuiciamiento ...*, ob. cit, pág. 728 y 724 y ss., entiende la naturaleza de las medidas cautelares se basa en que dichas medidas sean instrumento en función de un juicio, y que sus caracteres generales serían la instrumentalidad, la temporalidad y la anticipación de la ejecución.

⁴² CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pág. 45, considera que la tradicional distinción entre medidas cautelares y definitivas es incorrecta: sería más adecuado clasificar las medidas entre cautelares y principales, de acuerdo con la relación de instrumentalidad que las liga.

⁴³ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pág. 44, 45 y ss.

obtención, su extinción al fin de éste y la coincidencia de sus efectos con los de la sentencia principal, parcial o totalmente en ocasiones, incidiendo variablemente en la situación jurídica de que se trate⁴⁴.

Existen otras interpretaciones más restrictivas, reduciendo el campo de las medidas cautelares a las que se puedan acordar en procesos que pudieran finalizar con una pretensión de condena. De este modo se excluirían las adoptadas en procesos sobre pretensiones constitutivas o declarativas, y aquellas que no supusieran un simple aseguramiento del derecho, aun cuando, como señala ORTELLS RAMOS, ambos supuestos resulten contradichos por su efectiva regulación en el derecho comparado y nacional⁴⁵.

Formalmente, la instrumentalidad indicaría principalmente que la medida ha sido adoptada en el curso de un proceso judicial –aunque también antes de dicho proceso–, y materialmente su asociación a éste por la finalidad de asegurar la ejecución de dicho proceso, lo que supone una servidumbre al proceso principal, aunque tenga contenido autónomo; VALLS GOMBAU indica que ello se deriva de que no se adscribe a la tutela declarativa ni a la ejecutiva, pero comparte sus contenidos de cognición y de ejecución⁴⁶.

Así, la provisionalidad de las medidas cautelares sería un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la

⁴⁴ ORTELLS, *La tutela judicial...*, ob. cit., pág. 8 y ss., considera que la instrumentalidad así entendida permite distinguir las medidas cautelares de la tutela que se dispensa en los procesos sumarios y de la práctica anticipada o aseguramiento de la prueba. En cuanto a la característica de la instrumentalidad, ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, tomo II (con Montero, Gómez Colomer y Montón Redondo); Valencia, 1997, pág. 633.

⁴⁵ ORTELLS, *La tutela judicial...*, ob. cit., pág. 10.

PRIETO CASTRO, *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*; Madrid: 1974, pág. 256, señala que, además de existir medidas cuyo objeto es garantizar la efectividad de las sentencias condenatorias, hay otro segundo grupo compuesto por las que tienden a conservar una posición necesaria o jurídicamente conveniente en el proceso.

⁴⁶ VALLS GOMBAU, *Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales*, en *Las medidas cautelares*, Madrid, 1993, pág. 343.

medida antecedente (cautelar) y los de la medida subsiguiente (definitiva), cuya eficacia señalaría la cesación de los efectos de la primera⁴⁷.

Por último, la característica de la homogeneidad de las medidas cautelares es una característica de creación española⁴⁸. En su origen, esta característica suponía que las medidas cautelares no podían ser idénticas a las correspondientes medidas definitivas, sino que debían ser homogéneas; se trataba de una característica definitoria de las medidas cautelares en sentido negativo.

La justificación de esta limitación es que lo contrario sería ejecutar sin título, y que por lo tanto el proceso de declaración sería inútil⁴⁹. Sin embargo, en la actualidad esta restricción ha sido superada; no sólo se estudian las medidas cautelares como un género, sino que incluso se extiende la concepción del proceso cautelar⁵⁰; y la diferenciación de la medida cautelar de la ejecutiva como elemento formante de su esencia ha sido desterrada. Así, cuando actualmente se incluye la característica de la homogeneidad entre las definitivas de las medidas cautelares⁵¹, ya no se hace en un sentido negativo, de no identidad, sino positivo, que indicaría que las medidas cautelares deben tener elementos comunes con las medidas ejecutivas, y que en ocasiones incluso pueden llegar a coincidir⁵².

⁴⁷ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pág. 37.

⁴⁸ Véase CARRERAS, *Las medidas cautelares del 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Estudios de derecho procesal*, con FENECH, Barcelona, 1962, pág. 22 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Así, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I (con Ortells, Gómez Colomer y Montón Redondo), Valencia, 1997, pág. 306, considera el proceso cautelar como la tercera subfunción de la jurisdicción, teniendo como finalidad garantizar el resultado del proceso principal.

⁵¹ GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso civil...*, ob. cit., pág. 547, no incluye entre las características de las medidas cautelares la homogeneidad.

⁵² JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*; Barcelona: 1995, pág. 23 indica que una cautela idéntica, que no semejante, a una medida ejecutiva no tiene por qué suponer necesariamente desviación de la teoría general y la consiguiente exclusión de la clasificación de medidas cautelares, siempre que se cumplan las otras notas de instrumentalidad y temporalidad configuradoras de la tutela cautelar; en este sentido se manifiesta ORTELLS RAMOS, *Derecho jurisdiccional*, pág. 270, así como

La doctrina más actual rechaza la característica de la homogeneidad, y alude a otras propiedades atinentes a la relación del contenido de las medidas cautelares y las definitivas; así, GASCÓN INCHAUSTI hace referencia a la “instrumentalidad de su contenido”, que implica que las medidas cautelares no deben resolver el fondo de la cuestión⁵³, y CORTÉS DOMÍNGUEZ apunta que la medida cautelar tiene que ser funcional, y que ello depende sólo y exclusivamente de la clase de pretensión que se ejercite, pues la medida cautelar deberá adaptarse a la pretensión concreta⁵⁴.

La adopción de medidas cautelares en procesos declarativos o constitutivos supondrá en ocasiones la aplicación de una medida de contenido idéntico al de la sentencia y, en este sentido, es trascendente la actividad del legislador, tendente a ampliar el contenido tradicional de las medidas cautelares, previéndose medidas cautelares idénticas a las que se puedan contener en la sentencia, produciéndose entonces una anticipación o satisfacción provisional de las pretensiones del actor⁵⁵.

CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en...*, ob. cit., pág. 59.

RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento...*, ob. cit., pág. 726 y ss., y «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil»; *Justicia* 85, Barcelona, 1985, pág. 77, entiende que hay que admitir la naturaleza cautelar de aquellas medidas que adelanten la ejecución, y que la distinción tradicional entre medida cautelar y ejecutiva puede seguir efectuándose atendiendo a sus presupuestos y finalidades, claramente diferentes. Sin embargo, indica que de ninguna manera se considerarán cautelares aquellas otras medidas que no presenten una homogeneidad con las medidas ejecutivas. La medida cautelar se basaría en un *fumus bonis iuris* y la ejecutiva en un título ejecutivo, la primera tendría como finalidad el aseguramiento de la ejecución, y la ejecutiva como acto típico de desarrollo de la ejecución, sin necesidad de contracautela, a diferencia de la medida cautelar.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*; Granada: 1998, pág. 43 y ss.

⁵⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena y Gimeno Sendra); Madrid: 1997, pág. 528 y 529.

⁵⁵ JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas...*, ob. cit., pág. 27 y ss.

En los procedimientos sobre materia mercantil existen medidas cautelares que se identifican con las medidas que se pudieran recoger en una sentencia, o que simplemente suponen una anticipación material de la resolución definitiva: intervención, depósito, consignación y secuestro de la publicación, cesación provisional de la publicidad ilícita y medidas que impidan la difusión de la misma, o cesación provisional del acto.

En este sentido, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, al enumerarse las características de las medidas cautelares, se especifica que “el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte” (art. 726.2). Este precepto se puede interpretar como una autorización de medidas cautelares idénticas a las ejecutivas, sobre todo tras la modificación del proyecto en Comisión en el Congreso⁵⁶, pues se introdujeron referencias en el artículo 726 y 727 que permiten incluso la tutela anticipativa.

b) Presupuestos de las medidas cautelares

Entre los presupuestos de las medidas cautelares, la doctrina tradicionalmente ha señalado el *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* y la prestación de fianza.

El *periculum in mora* es la base de las medidas cautelares: en virtud de un peligro de desprotección, el ordenamiento permite acudir a unas medidas que puedan adelantarse a la función ordinaria de la jurisdicción, precisamente porque esperar al resultado que puedan dar los tribunales mediante un proceso ordinario puede producir un daño esperado, o que este daño se agrave durante la espera, y señala que *es la imposibilidad práctica de acelerar la resolución definitiva la que hace surgir el interés por la emanación de una medida provisoria*⁵⁷.

⁵⁶ La idea general de la normativa de medidas cautelares apuntaba en el proyecto a una tutela cautelar no idéntica a la definitiva en su contenido (en el artículo 729 se recogían medidas cautelares específicas para determinados supuestos, cuya relación con las posibles medidas definitivas no es de identidad), por lo que la referencia a la similitud bien podía interpretar como un rechazo a la prohibición de la identidad.

⁵⁷ El peligro de demora se concretaría en un peligro de ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario. CALAMANDREI, *Introducción al estudio...*, ob. cit., pág. 42.

ORTELLS, *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., págs. 14 y 15, considera que existen una gran variedad de riesgos que la medida cautelar se dirige a evitar; entre ellos, además del tradicional riesgo de insolvencia, el de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la

El peligro, como bien señala CORTÉS DOMÍNGUEZ, se concreta en circunstancias objetivas recogidas en el ordenamiento jurídico, o bien puede ser un peligro cuya existencia presuma la propia ley, como es el caso de las medidas cautelares del art. 1428 LEC de 1881, para cuya adopción no es necesario probar el peligro⁵⁸, o del artículo 726 de la LEC de 2000, en el que se apunta la posibilidad de que la tutela judicial otorgada en la sentencia pudiera verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso, y, en el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ considera que, en general, “*es algo objetivo, que deriva de la propia naturaleza del processus iudicii y del hecho de que éste no pueda ser instantáneo*”⁵⁹.

La exigencia de que aparezca el *fumus boni iuris* implicaría la necesidad de justificar el derecho que se reclama, lo que no significa prueba plena del derecho, sino simple probabilidad de su existencia, y se concreta, por regla general, en una justificación por escrito⁶⁰, si bien en la LEC de 2000 se supera esta rigidez formalista, y se señala, concretamente en el artículo 732.2, que a la solicitud se acompañarán “los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares...”.

En cuanto a la contracautela o prestación de fianza, es una exigencia habitual pero no absoluta para garantizar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la parte que soportó la medida cautelar y que

naturaleza d la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.

⁵⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil* ...,ob. cit., pág. 529 y 530.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*..., ob. cit., pág. 730.

⁶⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil* ...,ob. cit., pág. 530 cita a tal efecto los artículos 1400, 1419 y 1428.

RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento civil*..., ob. cit., pág. 729, apunta que la consideración de la apariencia de derecho “*es pura actividad de enjuiciamiento adecuada al momento y a los datos de que se dispone*”, si bien por regla general “*cada medida cautelar en concreto exige la aportación de un principio de prueba documental por escrito*”.

obtuvo una sentencia favorable⁶¹. En el ámbito de las relaciones familiares, este afianzamiento no es exigible, dada la naturaleza no mensurable económicamente de las situaciones a tutelar⁶².

c) Incidencia de las medidas cautelares en la situación a tutelar

La función de las medidas cautelares primitivamente se limitaba a preservar la situación existente *ab initio*, perpetuándola sin modificaciones hasta la sentencia correspondiente, evitándose toda variación de la realidad que impidiera su efectiva ejecución⁶³.

La tutela necesaria para evitar el daño que pudiera provocar el retardo provocado por la espera de la medida principal implica que en ocasiones la medida cautelar deba tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisional, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces e inaplicables.

En este sentido, CALAMANDREI distingue dos clases de medidas cautelares en función de su incidencia sobre la situación preestablecida: las medidas conservativas tenderían a mantenerla, y las innovativas a modificarla⁶⁴, llegando incluso a anticipar la tutela que eventualmente habría de obtenerse en la sentencia.

⁶¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil* ..., ob. cit., pág. 530.

En la nueva LEC la prestación de caución es precisa, salvo que el tribunal disponga otra cosa expresamente (art. 728.3), y para su determinación atenderá a la naturaleza y contenido de la pretensión.

⁶² REINA y MARTINELL, *Las uniones matrimoniales de hecho*; Madrid: 1996, pág. 103, consideran que, de adoptarse medidas cautelares innominadas ex. art. 1428, la fianza carece de sentido.

⁶³ CARNELUTTI, *Derecho procesal civil y penal*..., ob. cit., pág. 229, apunta que las medidas cautelares nacen como instrumento para mitigar los inconvenientes que el paso del tiempo pueda producir al proceso, y que pueden fundarse en una necesidad del juez de impedir el cambio probable de una situación, de eliminar el cambio ya ocurrido de una situación, o incluso de anticipar el cambio probable o aun incluso posible de una situación, como puede ser la prestación de alimentos.

⁶⁴ CALAMANDREI, *Introducción*..., ob. cit., pág. 48 y ss.

A este efecto, CARNELUTTI, *Derecho procesal*..., ob. cit., pág. 233 y ss. se refiere al proceso cautelar anticipatorio, como el tendente a proveer de una cantidad dineraria cuando está pendiente el proceso contencioso para la revisión de la asignación.

Actualmente, la finalidad de las medidas cautelares sigue siendo procurar la ejecutabilidad de la sentencia, aunque no exclusivamente a través del mantenimiento de la situación existente al inicio del pleito, sino también de la modificación de dicho estado, para así impedir los perjuicios que se irrogarían al demandante por la tardanza de la resolución⁶⁵.

Frente a la estrecha definición de medida cautelar recogida en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, como la tendente a asegurar la efectividad de la sentencia que recaiga en el juicio (art. 1428), en la nueva Ley de enjuiciamiento civil la medida cautelar se concibe de un modo más amplio, pues es aquella “exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente..., y de carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento...”(art. 726), y en el apartado 11 del 727 se hace referencia a la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia.

En esta definición no se limita la tutela cautelar por su finalidad conservativa, sino que, por el contrario, se hace referencia a asegurar la tutela judicial otorgada en el procedimiento principal, cuyo impedimento o dificultad podría radicar en la falta de regulación de las relaciones

ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial...*, ob. cit., págs. 18 y 20, considera que las medidas cautelares deben tener efectos de aseguramiento, y que satisfacer en alguna medida la pretensión principal sería tolerar una ejecución sin título; pese a ello, admite la naturaleza cautelar de aquellas medidas de efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión, siempre que concurra en ellas la instrumentalidad que las vincule a un proceso principal, aunque las considera un cuerpo extraño difícil de encajar en el sistema de medidas cautelares.

⁶⁵ En este sentido, destaca CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas...*, ob. cit., pág. 31, que las medidas cautelares son la excepción al mantenimiento del *status quo* que debe regir durante un proceso hasta la resolución definitiva (*lite pendente nihil innovetur*), posibilitando así que ésta pueda ser aplicable, asegurando su efectividad.



tutelables, posibilitándose por lo tanto la inclusión en el concepto cautelar de la finalidad regulatoria⁶⁶.

d) La norma material y procesal de la medida cautelar

A diferencia de lo que ocurre con las normas que rigen la declaración o la ejecución de los derechos, ORTELLS señala que las disposiciones que regulan la protección cautelar recogen conjuntamente las normas que fijan los trámites del proceso cautelar, por una parte, y aquellas otras que establecen los presupuestos y contenido de la cautela por otra⁶⁷, con lo que la trascendencia de la regulación de estas medidas es de doble importancia.

La naturaleza procesal de las medidas cautelares es indudable, y ello tiene consecuencias prácticas: por un lado, en caso de procesos en los que haya que aplicar derecho extranjero, la norma que regirá las medidas cautelares será la española, aunque a la pretensión principal se le aplique el derecho extranjero, y, por otra parte, en relación con el derecho intertemporal de la norma procesal, será de aplicación la norma que rijan las medidas cautelares en el momento de la solicitud, aunque las normas materiales sean anteriores a las vigentes⁶⁸.

⁶⁶ En el derecho alemán, la medida cautelar se define como medida provisional de seguridad, con antecedente en el embargo preventivo, y sirve *“para hacer efectivo un derecho cuando esa efectividad se encuentra en peligro de ser frustrada o de dificultarse notablemente por una modificación del estado existente o para regular un estado provisional respecto de una relación jurídica controvertida a fin de impedir perjuicios de consideración o la amenaza de actos de fuerza”*, según señala ROSENBERG, *Tratado de derecho procesal civil*; Buenos Aires (Argentina): 1955, vol. III, pág. 279, que indica que en el primer caso debe mantenerse el estado existente, y en el segundo, regularse de nuevo, y que ambos medios no están ordenados de forma precisa, y sus supuestos se dan en el mismo conjunto de hechos.

⁶⁷ ORTELLS, *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., pág. 5.

⁶⁸ *Ibidem*, pág. 12.

3. 2. Las medidas provisionales como medidas cautelares especiales

a) Introducción

Las medidas provisionales de los procesos de familia serían aquellas susceptibles de producirse y acordarse ante la presentación de una demanda para la determinación de las relaciones tras la crisis familiar, eventualmente junto a un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio, conservando determinadas situaciones y regulando las relaciones de los miembros de la familia en crisis, en tanto no sea efectiva la tutela que se dicte en la futura sentencia.

Las llamadas tradicionalmente medidas provisionales son las reguladas en lo material en los artículos 102 a 106 del Código civil, y procesalmente en la remisión de la DA cuarta de la ley 30/81 de 7 de julio a preceptos del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicados a las medidas provisionales en relación con la mujer casada, o, en los artículos 771 a 773 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, y que tienen como ámbito de aplicación los procesos matrimoniales o los procesos de menores, una vez entre en vigor la nueva LEC de 2000.

También existen otras medidas provisionales expresamente regladas en el procedimiento de retorno del menor secuestrado (arts. 1903 y 1905 LEC) instrumentales a dicho procedimiento, que es una especie de interdicto que tiene como finalidad la devolución del menor siguiendo lo convenido internacionalmente, y las medidas relativas a los hijos de familia (arts. 1909 a 1918 LEC), que no son instrumentales a ningún proceso, sino que se conceden autónomamente, por lo que no las podemos calificar de provisionales, aunque así lo haga el legislador para describir la ausencia de fuerza cosa juzgada en lo decidido.

Por otra parte, existirían otras medidas provisionales con igual finalidad aseguratoria y regulatoria en el ámbito de otros procesos que no tienen como principal objeto la obtención de un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio, no reguladas expresamente, y que se

instrumentalizarían a través de la cautela indeterminada de los artículos 1428 LEC de 1881 ó 727.11 LEC de 2000.

b) Naturaleza contenciosa

Parte de la doctrina ha considerado las medidas provisionales matrimoniales inscritas en la jurisdicción voluntaria con el argumento de su tratamiento legal: las medidas se regulan en una sección rubricada “medidas provisionales en relación con la mujer casada”, que se encuentran en el Título IV (sobre las medidas provisionales en relación con las personas) del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la jurisdicción voluntaria⁶⁹.

El emplazamiento en el libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es un argumento inservible, si se tiene en cuenta que en el preámbulo de la ley de 24 de abril de 1958 se indicó que la localización en el libro III respondía a razones de economía legislativa⁷⁰, y, en especial, la contradicción de intereses

⁶⁹ Parte de la doctrina predica por ello su pertenencia a la jurisdicción voluntaria; así, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas...*, ob. cit., pág. 128., POIRIER BENITO DEL VALLE, en el debate correspondiente al seminario sobre las medidas a adoptar con ocasión de las crisis matrimoniales, recogido en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1891-1991)*; San Sebastián: 1992, pág. 153 y ss.

Por otra parte, considera CARNELUTTI, *Derecho...*, ob. cit., pág. 252 y ss., que en el caso del procedimiento matrimonial su adscripción a la jurisdicción voluntaria resulta clara porque falta la sustancia del proceso contencioso: la litis, y que dicha falta se basa en que no existe un conflicto de intereses verdadero y propio, ya que se trata únicamente de una diversa apreciación de un interés común, y considera además que la sustitución del principio dispositivo por el inquisitivo en estos pleitos es una consecuencia de la falta de litis, y por lo tanto del carácter voluntario del juicio.

⁷⁰ "... se ha tenido que superar el reparo, que por obvio no ha pasado inadvertido, de llevar al libro tercero de la Ley de la jurisdicción voluntaria, normas que indudablemente corresponden a la jurisdicción contenciosa; y ha tenido que ahuyentar la tendencia de situar cada norma en su lugar adecuando, por el trastorno que un intento semejante produciría en la economía interior de nuestra ley procesal".

En este sentido, diversos autores apuntan la falta de trascendencia de la ubicación en la LEC; así, RAMOS MÉNDEZ y SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: 1974, pág. 123 y ss., MONTES REYES, *El proceso matrimonial ante los Tribunales civiles*; Salamanca: 1981, pág. 214, RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal...*, ob. cit., pág. 950, o SANZ VIOLA, «Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las leyes de 7 de julio de 1981 y 6 de agosto de 1984»; *La Ley*, 1985-3, pág. 1023.

que siempre existe si se no se opta por el procedimiento consensual, además de por otros motivos⁷¹.

Los procesos de familia se han clasificado tradicionalmente dentro de los procesos de estado, que comprenderían los relativos a la filiación, paternidad, maternidad y matrimonio, a su vez englobados en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, por tratarse de procesos en los que la intervención del juez se hace *necesaria u oportuna cuando se presentan condiciones, en vista de las cuales la falta de certeza y la desobediencia que se puede obtener de ella adquiere una particular peligrosidad*⁷².

Por el contrario, entendemos que los procesos matrimoniales y las medidas provisionales adoptables en ellos no se inscriben en la jurisdicción voluntaria, pues sí existe verdadero conflicto cuando no se recurra al mutuo

El Auto de 29 de mayo de 1992 de la AP de Madrid señala su "indudable naturaleza contenciosa". HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Madrid: 1995, pág. 407.

⁷¹ El léxico utilizado en éstos los artículos 1881 y siguientes pueden apuntarnos su clara índole contenciosa MARTÍN CONTRERAS, *Guía práctica de los procesos declarativos especiales* (con Robles Acera); Madrid: 1994, pág. 513, apunta, además de la irrelevancia de la regulación de estas medidas en el libro dedicado a la jurisdicción voluntaria por responder a un defecto de sistemática legislativa, que se desprende el carácter contencioso de los artículos, en especial del 1900, que remite expresamente a un procedimiento de carácter contencioso: el de los incidentes. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares ...*, ob. cit., pág. 126 apunta a la existencia de cosa juzgada en las resoluciones que le ponen término: "Por una parte, la cosa juzgada opera en la medida de lo que es objeto del proceso. Siendo de naturaleza de las medidas adoptadas su carácter provisional, no puede pretenderse una eficacia de la cosa juzgada más allá de ese límite. Por otra parte, la modificación de las medidas acordadas sólo puede pretenderse basándose en el acaecimiento de hechos posteriores (art. 1.893 LEC), lo cual afecta sólo a los límites objetivos de la cosa juzgada.", señalando que esta postura que expone tiene su fundamento en la teoría que concibe la jurisdicción voluntaria como Administración pública del derecho privado.

Otras argumentaciones contra la naturaleza voluntaria de las medidas sería la existencia de posibilidad de oposición prevista en el art. 1817 y falta de efectos de cosa juzgada (ya que está previsto un incidente de modificación de las medidas), a diferencia de las resoluciones adoptadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria; la doctrina constitucional (SSTC. 41/81, 64/85, etc.) que permite la falta de controversia en ciertos procedimientos de carácter aseguratorio por la inexistencia o limitación de cosa juzgada; la falta de necesidad de postulación en las previas, y, por último, según el TC (S. 22.4.81 entre otras) que la falta de notificación o traslado puede no producir indefensión si, en virtud de la solicitud prevista en el art. 1813 LEC, cabe alegar sin limitación lo que se estime procedente por quien ostente un interés legítimo, atendiendo sobre todo al mayor rigor formal y exclusión de la preclusividad que derivan de los arts. 1816 y 1818 LEC.

⁷² CARNELUTTI, *Derecho procesal...*, ob. cit., pág. 249.

acuerdo, y la influencia del principio inquisitivo no implica falta de litis⁷³, lo que tiene relevancia a efectos de determinar el examen de oficio de la competencia, los días hábiles, el sistema de recursos.

En esta línea, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 asume que los procesos matrimoniales son de jurisdicción contenciosa, ya que se regulan en el libro III, correspondientes a los procesos especiales, los de capacidad, filiación, matrimonio, división judicial de patrimonios y procesos monitorio y cambiario, y se posterga a una ley posterior la regulación de la jurisdicción voluntaria, como se indica en la exposición de motivos, apartado V.

Las especialidades del proceso de familia, concretamente del matrimonial, junto al de menores de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, aconsejan su regulación entre los procesos especiales civiles, apartados de aquellos verdaderos procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que realmente no exista litis, tales como los relativos a la concesión de dispensa matrimonial, declaración de fallecimiento, acogimiento de menores, adopción, declaración de herederos sin contienda, etc.

c) Naturaleza cautelar

Las medidas provisionales tienen un carácter temporal, más concretamente provisional, siguiendo a CALAMANDREI⁷⁴ -es decir, de

⁷³ En cuanto a esta última afirmación, consideramos que la influencia del principio inquisitivo en el proceso de familia está justificada por la existencia de un interés público, consagrado incluso constitucionalmente al ordenarse a los poderes públicos la protección de la familia y los menores y la regulación de las formas y efectos de la separación y disolución del matrimonio. Además, la influencia dominante del principio inquisitivo en detrimento de la del dispositivo, otorgando amplia discrecionalidad del juez, no implica la justificación de la naturaleza voluntaria, ya que es el resultado del apartamiento de los principios tradicionales del proceso patrimonial común en los procesos en los que se ejercitan acciones de estado.

OTERO MORALES, *Las medidas urgentes ante la situación de crisis: medidas previas y provisionales. La ejecución del auto dictado en procedimientos de medidas previas o provisionales*, en *La situación jurídica de la mujer en los casos de crisis matrimonial*; Cádiz: 1997, pág. 55 y ss., entiende que las medidas previas no son actos de jurisdicción voluntaria.

⁷⁴ CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pág. 36 y ss: "Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo duración limitada: provisorio (o provisional) es, en cambio, lo que está

duración limitada por la concurrencia posterior de un hecho esperado-, y en cierto sentido de composición y aseguramiento transitorio de la situación familiar, lo que ha provocado su asociación a las medidas cautelares por parte de la doctrina⁷⁵.

La doctrina aproxima o equipara medidas provisionales y medidas cautelares, con diferente énfasis; mientras que parte de la doctrina entiende que existe una cierta naturaleza cautelar en las medidas provisionales⁷⁶, otra

destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. En este sentido, provisorio equivale a interino; ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado."

⁷⁵ El mismo problema se plantea la doctrina italiana. CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, Tomo III. Buenos Aires: 1989, pág. 289, se inclina por la naturaleza cautelar de las medidas, mientras que para otros como MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, tomo III*. Turín (Italia): 1990, pág. 220, el carácter predominante es el anticipatorio: "...è destinata ad operare fino a quando la sentenza che pronuncia la separazione non sostituirà al regime provvisorio un regime definitivo o idoneo a divenire tale -salva l'eventuale protazione della sua efficacia in caso di estinzione del giudizio-".

Por otra parte, DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*. Turín (Italia): 1988, pág. 43, considera las medidas presidenciales como un género independiente no susceptible de clasificación: "...sembra preferibili considerare i provvedimenti presidenziali un *unicum* insuscettibile di inserirsi in categorie predeterminate.". (Las medidas provisionales italianas se califican de "presidenciales", pues las concede el presidente del tribunal, tras haberse realizado una tentativa de conciliación, cuando ésta ha sido infructuosa. Estas medidas son llamadas *provvedimenti temporanei ed urgenti*, y son dictadas sin necesidad de solicitud de parte, en interés de los cónyuges o de la prole. En el curso de la causa, las medidas presidenciales pueden ser modificadas, si cambian las circunstancias, por el juez instructor, que también puede adoptar medida urgentes en interés de los cónyuges o descendientes. FORTINO, *Diritto di famiglia*; Milano: 1997, pág. 295. El tribunal que juzga los asuntos de separación y divorcio es el llamado Tribunale ordinario, de composición colegial de tres jueces de carrera, y cuyo presidente adopta las medidas urgentes. Tras la primera fase de intento de conciliación, se desarrollará la de constitución de las partes y la de instrucción, donde se desarrolla la prueba. CARPI, *La justice...*, ob. cit., pág. 126.).

GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 32 y 36, por su parte, se refiere a la dificultad en la distinción o no de las medidas cautelares y provisionales en los distintos ordenamientos a efectos de la aplicación del artículo 24 del Convenio de Bruselas. Así, aunque el Convenio no distingue entre medidas definitivas y medidas provisionales, en versiones como la española, francesa o italiana se hace referencia a las medidas provisionales o cautelares, parece que entendiéndolas como instituciones diferentes, y en las versiones alemana o inglesa las medidas cautelares son una subespecie de las medidas provisionales.

⁷⁶ Así, HERRERO GARCÍA, «Las medidas provisionales en la crisis matrimonial.» *Revista de Derecho Notarial*, nº. 115, 1982, pág. 156, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, ob. cit., pág. 267, que admite un aspecto cautelar, pero señala un alcance más extenso de estas medidas, basándose esencialmente en su eficacia plena durante el tiempo de su

las considera próximas a éstas o de naturaleza mixta⁷⁷, entendiendo la mayoría de la doctrina procesalista que son claramente cautelares⁷⁸,

vigencia: "Muchos procesalistas aproximan estas medidas provisorias a las cautelares (Prieto Castro, Guasp, Herce), pero -sin dejar de tener un evidente aspecto cautelar- su significado es más profundo y de mayor alcance material y tuitivo, lo mismo en cuanto a la situación de los hijos que al domicilio y los bienes conyugales, estableciéndose respecto de estos últimos un sistema de goce y tenencia provisional por su duración, pero plenamente eficaz mientras rige.". RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*. Vol. II, art. 102. (con Amorós, Bercovitz *et alii*); Madrid: 1984, pág. 655, estima que "el coincidir en algún aspecto con las medidas cautelares procesales, o el participar en alguna nota típica de éstas, no prejuzga esa naturaleza, y menos hoy en que en algún caso, no demasiado raro ya, la intervención judicial pudiera limitarse a la mera aprobación del acuerdo que los cónyuges presenten al juez junto con su demanda conjunta -o en su caso, a propuesta del uno y con el consentimiento ulterior del otro-".

⁷⁷ LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*. Madrid: 1983, pág. 387 y ss.: "Si la provisionalidad de estos efectos y medidas aparece bien definida ..., no sucede así con la nota que se les atribuye de medidas cautelares, sobre todo porque su heterogeneidad se resiste a una calificación unitaria."... "en su conjunto orgánico, los efectos y medidas provisionales tienen naturaleza cautelar ...En este aspecto, las medidas provisionales organizan cautelarmente la situación del matrimonio disociado para facilitar su posterior reorganización sobre las medidas definitivas." "Todas y cada una de las medidas provisionales...cumplen una función de las asignadas al proceso cautelar...pues anticipan, facilitan o posibilitan la ejecución de las medidas a adoptar en sentencia. Por otro lado, concurren en estas medidas las características que los procesalistas atribuyen a las cautelares: antelación para proveer riesgos futuros, instrumentalidad, temporalidad y homogeneidad....". Entre los que otorgan a estas medidas un carácter mixto, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales»; *Justicia* 89, pág. 390, considera que las medidas previas gozan de una naturaleza mixta en virtud de la doble finalidad que persiguen; "remover los obstáculos que puedan alzarse en el ejercicio del derecho de acción y asegurar la igualdad de ambos consortes en cuanto a los medios materiales de que dispondrán en el proceso", y de naturaleza cautelar, y que existen algunas que son medidas cautelares en sentido estricto, así, las de los artículos 103 apartados 2 y 3 (las medidas cautelares tendentes a asegurar las medidas de atribución de la vivienda, ajuar y contribución a las cargas).

⁷⁸ HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, vol. II, *juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria* (con Gómez Orbaneja); Madrid: 1979, pág. 243, también consideraba cautelares las medidas de los artículos 1881 y siguientes de la LEC, sobre medidas provisionales relativas a la mujer casada, así como aquellas otras relativas a los hijos de familia, englobadas todas ellas entre las medidas cautelares en relación con las personas, siguiendo a PRIETO CASTRO, *Derecho concursal*..., ob. cit., pág. 223, que ya indicaba que las medidas en relación con los hijos de familia tenían naturaleza cautelar.

En la actualidad, entre los autores que consideran cautelares a las medidas provisionales de los artículos 102 a 104 del Código civil y de la DA cuarta de la ley 30/81, de 7 de julio, GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso civil*..., ob. cit., pág. 549, MONTES REYES, *El proceso matrimonial*...ob. cit., pág. 213 y ss., SANZ VIOLA, *Las medidas previas a la interposición*..., ob. cit., pág. 1018; VALLS GOMBAU también las considera cautelares; *Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales*, en *Las medidas cautelares*; Madrid: Consejo General del Poder Judicial; pág. 371, así como VEGA SALA, *Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio*, en *Los procesos*

haciéndose en ocasiones referencia a las medidas provisionales comprendiéndolas, sin lugar a dudas ni previo análisis, dentro de las medidas cautelares⁷⁹.

-Concurrencia de las características de las medidas cautelares

En cuanto a la concurrencia de las características cautelares de la instrumentalidad y la temporalidad, entendemos que se verifica en el caso de las medidas provisionales.

La instrumentalidad supondría básicamente la dependencia de la medida cautelar de un proceso principal, si bien parte de la doctrina incluye en esta característica la de la finalidad de procurar la efectividad de la sentencia; y en virtud de esto, y teniendo en cuenta que las medidas provisionales no tienen como única función mantener la situación establecida antes del procedimiento, ni procurar la efectividad de la sentencia, sino que también han de llenar en lo posible el vacío que se produce durante la crisis matrimonial, disponiendo una tutela anticipada de

en los Juzgados de familia; Barcelona: 1993, pág. 13, ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis...*, ob. cit., pág. 256, así como en *Aspectos procesales...*, ob. cit., pág. 55, o VÁZQUEZ SOTELO, *La construcción del proceso cautelar en el derecho procesal civil español*, en *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*; Madrid: 1990, pág. 331, y CALDERÓN CUADRADO, con ORTELLS RAMOS, *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., pág. 104.

⁷⁹ El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a las medidas cautelares en los procedimientos matrimoniales, al igual que el Libro blanco de la Justicia de 1997 y en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se indica que la regulación de las medidas cautelares específicas de los procesos matrimoniales se inserta en éstos y no en la parte correspondiente a la regulación general de las medidas cautelares “*en aras de las ventajas prácticas de una regulación procesal agrupada y completa sobre estas materias*”.

Por otra parte, ALBERDI ALONSO, *La reforma en materia de procedimientos de familia*, en *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*; Madrid: Ministerio de Justicia; 1990, pág. 192 indica que las medidas cautelares tienen gran importancia en el proceso matrimonial, y ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal...*, ob. cit., pág. 326 estudia las medidas cautelares del proceso de familia.

la situación familiar, se podría considerar que no se trata de medidas cautelares⁸⁰.

Esta consideración es incorrecta, pues ya indicaba CALAMANDREI que es impropio identificar la expresión de medidas conservativas con la de medidas cautelares, pues no todas éstas son conservativas, sino que pueden ser también innovativas: cuando la futura resolución principal ha de constituir nuevas relaciones jurídicas o producir una innovación, la resolución cautelar, para evitar el daño que podría derivar el retardo de la efectividad de la providencia principal, *“debe tender no ya a conservar el estado de hecho existente, sino a operar, en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables”*⁸¹.

Precisamente es en el género de las medidas anticipativas de medidas decisorias donde se engloban las medidas provisionales con más trascendencia, pues la medida se dicta porque si la indecisión de la relación controvertida perdurase, se podrían derivar para alguna de las partes daños irreparables⁸². Serían medidas anticipativas las de separación, contribución a las cargas, uso de la vivienda, reparto del ajuar y bienes comunes, o la que

⁸⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág. 551, considera que no cumplen la función de asegurar la efectividad total de la sentencia de condena que pudiera dictarse, y que por el contrario tienden a imponer una situación provisional que permita la existencia misma del proceso y *que posibilite con normalidad, y sin presiones externas, el ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela efectiva y a la defensa*. Serían por lo tanto medidas de seguridad, y no cautelares.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*; Granada: 1995, pág. 44 considera que falta la característica de la instrumentalidad, porque no están destinadas a asegurar la ejecución de la sentencia, así como de la homogeneidad pero no identidad de las medidas cautelares con las ejecutivas, ya que la identidad puede ser total

⁸¹ CALAMANDREI, *Introducción...* ob. cit., pág. 48 y 49, y a este efecto, cita entre las providencias innovativas la de separación personal de los cónyuges o de pago de alimentos al cónyuge.

⁸² *“la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario”*. CALAMANDREI, *Introducción...* ob. cit., pág. 59.

determinara el régimen de visitas, frente a las conservativas de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, la anotación en el Registro Civil, de la Propiedad y Mercantil, las medidas tendentes a conservar los derechos de los cónyuges en relación con el uso de la vivienda y el ajuar, así como a asegurar la efectividad del pago de cantidades entre los cónyuges y la determinación del régimen de administración de los bienes afectos a las cargas.

La consecuencia inmediata de la instrumentalidad es la de su temporalidad, característica que se observa entre las medidas provisionales, pues su vigencia se encuentra limitada por la eficacia de la resolución principal.

-Concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares

Los requisitos para la concesión de toda medida cautelar han sido tradicionalmente la concurrencia del *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la contracautela, elementos que se dan en la determinación de la medida provisional, aunque de una forma especial, pues el *periculum in mora* sería el peligro de producción de perjuicios irreparables de no concederse una inmediata regulación, que el proceso principal no puede otorgar hasta pasado un tiempo⁸³, el *fumus boni iuris*, la existencia de una relación matrimonial en crisis, mientras que la contracautela no es predicable en este caso por la especialidad de las relaciones tuteladas, no evaluables económicamente⁸⁴, o al menos respecto de algunas de ellas⁸⁵.

⁸³ Como indicaba CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 80, págs. 85 y 86, cit. por CALAMANDREI, *Introduzione...*, ob. cit., pág. 43, la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien

⁸⁴ Parte de la doctrina considera que la falta de concurrencia de estos elementos impide reconocer carácter cautelar a todas las medidas provisionales; así, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas...*, ob. cit., pág. 125 y ss., señala que no reúnen los requisitos procesales para ser calificados como medidas cautelares, en concreto el "*periculum in mora*", el "*fumus boni iuris*", la homogeneidad, la no identidad con las medidas ejecutivas y la urgencia; pues las medidas cautelares no caben en las hipótesis de sentencias constitutivas o merodeclarativas.

PEREDA GÁMEZ, *La prevención de las resultas del proceso matrimonial: medidas provisionales, medidas cautelares, medidas caucionales*, en *Problemas*

Entendemos que una cosa es el presupuesto del peligro por la tardanza y otra la finalidad de cada medida, que viene determinada por la relación de instrumentalidad que la une a la resolución principal⁸⁶, y el *periculum in mora* es presumido por el legislador en el caso de los procesos matrimoniales, pues el mismo entiende que es precisa una regulación inmediata una vez surgida la crisis, pues no es posible otorgar la tutela definitiva de forma rápida, y de no concederse una regulación provisional, se podrían irrogar perjuicios para las partes y los menores⁸⁷.

candentes en los procesos de familia; (Colectivo); Madrid: 1995, pág. 304 y 305, entiende dudosa la consideración de medidas cautelares, por no concurrir las notas de instrumentalidad, homogeneidad, apariencia de buen derecho, contracautela, ni están destinadas a asegurar el fallo de la sentencia de separación, nulidad o divorcio, sino a prestar un auxilio jurisdiccional de derecho primario

⁸⁵ RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 134, indica que "La separación provisional de los cónyuges es la única medida cautelar verdadera, no sólo por su provisionalidad e instrumentación en función de un proceso principal, sino también porque anticipa en alguna medida la ejecución de la sentencia que ha de recaer en el proceso matrimonial: la separación definitiva es anticipada cautelarmente al momento inicial del proceso. Por otro lado, concurren en ella los presupuestos genéricos que justifican la adopción de medidas cautelares. El *fumus boni iuris* adquiere un matiz objetivo, dada la naturaleza de los juicios sobre el estado civil de las personas: es suficiente el dato de la incoación o posible incoación de un proceso matrimonial. El *periculum in mora* reviste una importante carga sociológica: la necesidad de facilitar al cónyuge casado la preparación de su demanda de nulidad, separación o divorcio, o bien la necesidad de regular provisionalmente la separación como cautela para el mejor desarrollo del proceso. No es exigible fianza como contracautela para la concesión de la medida, pero sí en cambio el seguimiento de un proceso principal de nulidad, divorcio o separación."

MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*. Barcelona: 1981, pág. 125, considera que, de la enumeración de medidas que realiza el Código civil, sólo son medidas cautelares la separación provisional de los cónyuges y la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad y Mercantil que regula la DA 9ª, y considera que se trata de "medidas que constituyen una verdadera regulación provisional de una de las fases de la situación jurídica del matrimonio separado".

⁸⁶ Señala RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares...*, ob. cit. pág. 134 y 135 que el *periculum in mora* en relación con la medida de separación de los cónyuges se fundaría en permitir a los cónyuges la preparación de la demanda, así como producir un mejor desarrollo del proceso.

⁸⁷ De no existir regulación provisional, los perjuicios que se irrogarían a las partes pueden ser importantes, tanto en el plano personal como patrimonial: el derecho constitucional a la libertad quedaría vulnerado; el derecho a la integridad física y moral podría verse menoscabado, y la situación patrimonial de los cónyuges posiblemente se trastocaría impidiendo la ejecución de lo señalado por la resolución principal, e incluso la efectividad de resoluciones tales como las afectantes al uso de la vivienda familiar, si uno de los cónyuges la enajenó.

La presunción legal del peligro en la mora ha de ser matizada en relación con los presupuestos para la obtención de las medidas previas a la demanda.

Como se verá, para parte de la doctrina y la práctica la concesión de medidas previas se condiciona a la concurrencia de una necesidad urgente, por lo que en lo relativo a estas medidas previas, el *periculum in mora* habrá de ser probado. Sin embargo, de entenderse que ello no es así, la presunción producirá sus efectos y sólo habrá que acreditar la apariencia de buen derecho, como es el caso de las medidas previas que se adopten de acuerdo con la nueva Ley de enjuiciamiento civil, donde no se establecen condiciones de urgencia para la obtención de medidas previas.

En todo caso entendemos que habrá de justificarse de alguna manera la concurrencia de estado de necesidad al menos respecto de las nuevas medidas introducidas en la misma LEC de 2000, “urgentes”, si bien en la norma no se establece la forma de realizarse, ya que la concesión es inmediata a la admisión de la solicitud.

Por otra parte, se puede argumentar que en los procesos de mutuo acuerdo no es precisa la concurrencia de medidas provisionales precisamente por la falta de inexistencia de un peligro en la mora, si bien entendemos que éste sí puede concurrir, pues en muchos casos no es automática la concesión de la tutela definitiva, y por lo tanto, el ordenamiento exige la adopción de medidas provisionales.

En cuanto a aquellas situaciones en las que hubiera una regulación definitiva preexistente, entendemos que la ausencia de *periculum* puede impedir que se dicten medidas provisionales⁸⁸.

El *fumus boni iuris* se concretaría en la simple existencia de una relación familiar y la voluntad de ruptura de alguna de las partes, patente en

⁸⁸ Véase apartado posterior relativo a los presupuestos para la obtención de medidas.

la tramitación de un proceso matrimonial o en la voluntad de iniciarlo, en el caso de las medidas previas⁸⁹.

Ante la solicitud de medidas provisionales, únicamente es necesario demostrar la existencia de relaciones familiares que sean susceptibles de ser protegidas por el ordenamiento a través del juez; así, será necesario acompañar a la solicitud documentos tales como certificado de inscripción del matrimonio y certificado de nacimiento de los hijos comunes, o bien libro de familia para la solicitud urgente de medidas previas.

Por lo tanto, la simple existencia de relaciones familiares actúa como apariencia de derecho, y por lo tanto, como presupuesto para la concesión de medidas provisionales. Así, concretamente, en la práctica se exige la acreditación del matrimonio por medio de certificado del Registro civil o copia del libro de familia, exigencia recogida en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en el artículo 770.1⁹⁰.

En cuanto a la caución, ya hemos indicado que por la especial naturaleza de las relaciones familiares, y su alejamiento de los principios del tradicional proceso civil patrimonial, no es exigible, y que únicamente cuando estén en juego derechos de carácter patrimonial no afectados por las relaciones familiares, el juez puede exigir la prestación de una fianza para asegurar la medida cautelar de que se trate⁹¹.

Las medidas provisionales se encuentran íntimamente ligadas al proceso principal de nulidad, separación o divorcio, pues su vigencia está supeditada a la efectividad de las medidas definitivas en el proceso

⁸⁹ RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso...*, ob. cit., pág. 134. *Ibidem*, manifiesta una especial manifestación del *fumus boni iuris* en relación con la medida de separación, única que considera cautelar. Señala concretamente que el juez no habrá de tener en cuenta para la concesión de la separación la viabilidad de la demanda, sino exclusivamente el dato objetivo de la incoación o posible incoación de un proceso matrimonial.

⁹⁰ Este apartado se introdujo teniéndose en cuenta la enmienda n°. 667 presentada en el Congreso por el GS.

⁹¹ RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas...*, ob. cit. pág. 134 y 135, siempre refiriéndose a la medida de separación de los cónyuges, manifiesta que la fianza no es exigible en los procesos de estado.

principal, y nos manifestamos de acuerdo con ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO al indicar que las medidas provisionales son una manifestación especial del proceso cautelar, o más bien una clase especial de medidas cautelares⁹².

Dicha especialidad radicaría en la singularidad de las relaciones jurídicas que tiende a proteger, que no son otras que las de la familia, afectadas por un especial interés público, y que se concreta en la presunción de la concurrencia de un *periculum in mora* siempre que no exista una regulación definitiva anterior, en la falta de exigibilidad de la contracautela y en la posibilidad o necesidad de que el juez dicte las medidas de oficio, o al menos algunas de ellas, sin previa solicitud de parte, y en este sentido, en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace referencia a estas medidas como “medidas cautelares específicas”, en el apartado XIX, indicándose que el procedimiento de medidas cautelares adoptables en los procesos matrimoniales es el resultado de una ordenación especial, en razón de la falta de vigencia del principio dispositivo o de su influencia matizada, por existir un interés público inherente al objeto

⁹² CALDERÓN CUADRADO, con ORTELLS, *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., pág. 104 enuncia la teoría que estimamos más acertada, ya que considera que las medidas previas y coetáneas son una manifestación especial del proceso cautelar, puesto que son instrumentales al proceso matrimonial y su fin es garantizar la efectividad de sus resultados, y producen los efectos típicos de las medidas cautelares, desde el aseguramiento a la anticipación de la satisfacción, al igual que ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo II,...ob. cit., pág. 742. CHIOVENDA, *Principios de...*, ob. cit., tomo I, pág. 282, considera que existen medidas provisionales de seguridad o cautela especiales por peligro y urgencia, entre las que se encontrarían las resoluciones temporales urgentes de los procesos matrimoniales.

procesal, lo que lleva a que el legislador repare en la importancia de la eficacia de estos procedimientos para solucionar problemas reales.

Capítulo III: Ámbito de aplicación

1. Procesos matrimoniales

- 1.1. Procesos de nulidad y contenciosos de separación o divorcio
- 1.2. Procesos de mutuo acuerdo

2. Otros procesos de familia

- 2.1. Procesos de convalidación de resolución eclesiástica
- 2.2. Los procesos de guarda y alimentos para menores de la LEC de 2000.
- 2.2. Las medidas provisionales paralelas a procesos eclesiásticos
- 2.4. Procesos entre cónyuges separados de hecho.
- 2.5. Procedimiento de retorno del menor secuestrado
- 2.6. Procesos sobre la crisis de la familia paramatrimonial
 - a) procedimiento principal
 - b) acumulación y competencia
 - c) aplicabilidad del procedimiento de medidas
 - alternativas ante la inaplicabilidad

CAPITULO III: ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Procesos matrimoniales.

Las medidas provisionales reguladas en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil pretenden dotar de reglamentación interina a las relaciones familiares en tanto se sustancia un proceso de nulidad, separación o divorcio, sin embargo, dado que en las disposiciones adicionales de la Ley 30/81 ni en el articulado de la nueva LEC no se hace referencia expresa al ámbito de las medidas, no resulta claro si en todas las ocasiones que se solicite un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio es posible adoptar medidas provisionales. Así, cabe cuestionar si la alusión se entiende hecha también a otros procesos matrimoniales, como por ejemplo el de separación o divorcio de mutuo acuerdo, así como a aquellos en los que se pretende la convalidación de la nulidad eclesiástica, o a los procedimientos eclesiásticos.

1. 1. Procesos de nulidad y contenciosos de separación o divorcio.

El capítulo X del título IV del Libro I del Código civil se rubrica “De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio”, lo que parece indicar que éstas se pueden solicitar al menos en los tradicionales procesos matrimoniales, es decir, en los procesos civiles de nulidad por una parte, que pueden tramitarse por los trámites de la DA 5ª. o por los del declarativo ordinario, de acuerdo con lo dispuesto en la DA 7ª., dependiendo de las causas de nulidad esgrimida (distinción que no se realiza en la nueva Ley de enjuiciamiento civil).

Por otra parte, los procesos de separación y divorcio contencioso serán el ámbito natural de desarrollo de los procedimientos de medidas, y

sobre todo el primero de ellos, pues el proceso de divorcio es en muchas ocasiones precedido por el de separación, en el que se ha otorgado una tutela definitiva de las relaciones familiares, por lo que no hay necesidad de una regulación provisional¹.

1. 2. Procedimiento de separación o divorcio de común acuerdo

Al no concretarse expresamente el ámbito procesal en el que se pueden adoptar medidas provisionales, ni en el Código civil ni en las disposiciones adicionales de la ley 30/81 de 7 de julio, ni en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, puede pensarse en la posibilidad de adoptar en el marco del proceso de separación y divorcio de común acuerdo medidas provisionales.

De acuerdo con lo indicado en el C.c. en los procesos de mutuo acuerdo los cónyuges no sólo pueden regular provisionalmente sus relaciones, sino que deben hacerlo, de la misma forma que en el sistema francés². Nuestro Código civil impone la obligación de regular judicialmente de modo provisional la convivencia incluso en los casos de mutuo acuerdo, concretamente por medio de la aprobación un convenio; así, en el artículo 81.1º. se indica que cuando se solicite la separación de mutuo acuerdo, “deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”,

¹ En la Memoria del Consejo General del Poder Judicial de 1999 se recoge la cifra de 24.428 separaciones contenciosas y 18.079 divorcios contenciosos, frente a 25.525 procedimientos de medidas previas y coetáneas, lo que hace pensar en que en muchos de los divorcios contenciosos no se otorgaron medidas provisionales, posiblemente porque fueran anteceditos por separaciones judiciales.

² El art. 253 del Código civil francés dispone que "En caso de divorcio por solicitud conjunta, los esposos regularán por sí mismos las medidas provisionales, en el convenio temporal que debe unirse a su solicitud inicial. Sin embargo, el juez podrá suprimir o modificar las cláusulas de este convenio que juzgare contrarias al interés de los hijos", y en el mismo sentido, el art. 1775.3 del Código civil portugués que los cónyuges que pretendan divorciarse o separarse deben acordar el régimen que será vigente en el período de pendencia del proceso en lo relativo a la prestación de alimentos, ejercicio de la patria potestad y utilización de la vivienda familiar. Por otra parte, en el art. 1419.2º. del Código do processo civil se dispone que en caso de que no se especifique en los documentos presentados, se entenderá que los acuerdos realizados por los cónyuges son válidos para el período de pendencia del proceso y posteriormente.

y lo mismo se ordena en el artículo 86 C.c. respecto al divorcio, y ha de tenerse en cuenta que el artículo 103 versa sobre medidas provisionales.

El principal argumento contra la aplicabilidad de las medidas en estos procesos sería la falta de necesidad, por no existir un *periculum in mora*: al convenir los cónyuges en la regulación que desean sea definitiva, es lógico considerar que no existirá controversia entre ellos, y que no tendrán inconveniente en regular sus relaciones provisionalmente de mutuo acuerdo de forma extrajudicial, sin que se pongan en peligro las relaciones familiares en tanto se espera la resolución definitiva.

Sin embargo, esta limitación no es admisible respecto de las medidas previas al proceso, como señala CALDERÓN CUADRADO, por desconocerse a priori la relación instrumental³, y entendemos que los cónyuges pueden optar entre presentar convenio al juez sobre estas medidas o no hacerlo, pues aún no se vincula a las partes a las normas del procedimiento de mutuo acuerdo.

Una vez presentada la demanda, es evidente que los efectos del artículo 102 C.c. se producen por ministerio de la ley, y en cuanto a las medidas, estimamos que el convenio regulándolas puede materializarse de diferentes maneras; así, puede presentarse de forma separada respecto al convenio principal, o en la demanda de separación o divorcio, o incluso como apartado del documento que contenga el convenio principal⁴, habiendo de pronunciarse el juez sobre su vigencia.

³ Señala CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales: comentarios, jurisprudencia y formularios*; (Montero Aroca dir.); Valencia:, 1997, pág. 620 y 621, que las medidas previas cabrán en todo caso, por no conocerse a priori cuál será la relación instrumental de las medidas y el procedimiento, y que si se solicitaran medidas coetáneas, deberá acompañarse petición al convenio regulador del artículo 90 del Código civil, pudiendo las medidas que sean susceptibles de adelantarse, tener o no el mismo contenido.

⁴ Como las medidas definitivas se distinguen de las provisionales en algunos puntos, como la contribución a las cargas frente a la pensión de alimentos para los descendientes y la compensatoria para el cónyuge, o el carácter conservativo en cuanto a los bienes de las medidas provisionales frente al liquidatorio de las medidas definitivas, es más apropiado que el contenido se regule expresamente, y no que se solicite que se otorgue vigencia provisional a las medidas solicitadas como definitivas.

De no presentarse solicitud de medidas provisionales, y salvo en los casos en que se dicte la sentencia de separación o divorcio en el mismo acto de la convalidación del convenio, declarándose firme ante la manifestación de las partes de su intención de no recurrir, entendemos que habrán de dictarse al menos las medidas relativas a los menores de edad, siguiéndose la misma vía que señala el artículo 103 para cuando falte el acuerdo de ambos cónyuges, es decir, la vía genérica para la obtención de las medidas, pues la “falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente” opera como presupuesto para que el juez adopte las medidas provisionales que en él se regulan, al igual que para el caso de que el juez estimara que las medidas solicitadas son perjudiciales para alguno de los cónyuges o los hijos menores.

En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil no se recoge referencia alguna en la regulación del procedimiento de mutuo acuerdo a las medidas provisionales, con lo que la situación es similar a la actualmente vigente.

Sin embargo, dada la opción del legislador de otorgar eficacia a las medidas definitivas desde su concesión (según el artículo 777.8 “el recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas”⁵), objetivamente no resultará necesaria una regulación provisional, puesto que el período de interinidad a salvar por medio de las medidas provisionales entre la demanda y la sentencia puede ser nulo si se dicta ésta inmediatamente después de la comparecencia, aunque lo más correcto sea regularlas.

2. Otros procesos de familia

2. 1. Procesos de convalidación de resolución eclesiástica.

Las resoluciones eclesiásticas eran consideradas hasta 1979 como propias por el Estado⁶, otorgándoseles por lo tanto equivalente eficacia que a

⁵ Este apartado fue introducido a raíz del informe del Consejo General del Poder Judicial.

⁶ Desde el Concordato de 1953 y hasta los Acuerdos de 1979, los ordenamientos civil y canónico se relacionaban en cuanto atañera a la materia del matrimonio mediante la técnica

cualquier decisión de los tribunales civiles, e interviniendo estos últimos en la fase de ejecución, sin potestad alguna para conocer del contenido de las sentencias o resoluciones canónicas, por lo que como señala GIMENO SENDRA, esta jurisdicción recibió el calificativo de "*extraestatal*"⁷.

Al establecerse en la Constitución de 1978 la aconfesionalidad del Estado Español, se instauró un monopolio estatal de la jurisdicción, que se traduce en la resolución de los conflictos y la ejecución de los fallos correspondientes de un modo exclusivo por los Juzgados y Tribunales establecidos por las leyes (art. 117.3 C.E.), con lo que el enjuiciamiento de los asuntos matrimoniales pasa a ser de competencia civil⁸.

En este ámbito, se creó un sistema para dotar de eficacia a ciertas resoluciones eclesiásticas, y concretamente, en la DA 2ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, que determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se establece un sistema que otorga validez a la nulidad eclesiástica si concurren los requisitos exigidos por la legislación civil para la obtención de nulidad, como señala el apartado VI.2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos⁹ y recoge el artículo 80 del Código civil, en su apartado correspondiente a la nulidad del matrimonio.

En dicha disposición adicional se recogen normas de competencia territorial y normas procedimentales que en realidad son aplicables

del reconocimiento de efectos civiles. CUBILLAS RECIO, *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al derecho de estado*; Valladolid, 1985, pág. 278.

⁷ GIMENO SENDRA, *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 84, así lo entiende, "*puesto que su legitimidad no derivaba de la soberanía del pueblo español, sino de la del Estado de la Ciudad del Vaticano*".

⁸ Ya no se cuestiona la tramitación civil de un proceso matrimonial entre católicos, ni la regulación de medidas. MONTES REYES, *El proceso matrimonial ante los Tribunales civiles*; Salamanca, 1981, pág. 216 y ss. señala que "Desde la Novísima Recopilación se atribuye a la jurisdicción eclesiástica el conocimiento de los procesos matrimoniales, pero advertía (Libro II, tit. II, Ley 20) que los jueces eclesiásticos no pueden mezclarse en las cuestiones temporales sobre alimentos, *litis expensas* o restitución de dotes. Igual se ha mantenido en el C.c. desde su redacción originaria (art. 81 a.r.)."

⁹ "...*A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente.*"

únicamente cuando exista mutuo acuerdo (ante la oposición habrá de acudir al procedimiento correspondiente, que no es otro que el de menor cuantía, según señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de noviembre de 1995¹⁰ y 24 de septiembre de 1991¹¹), mas nada se señaló en cuanto a la adopción de medidas provisionales o definitivas. En cuanto a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, no se distinguen procedimientos en cuanto a la oposición, sino según se solicite algún pronunciamiento relativo a las medidas o no: en el artículo 778 se establece un proceso sumarísimo en caso de no solicitarse pronunciamiento de medidas, consistente en audiencia de los cónyuges y el Ministerio Fiscal, mientras que cuando las partes pidan adopción o modificación de medidas, la demanda se sustanciará por el procedimiento que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 775¹².

Entendemos que las medidas provisionales pueden concederse en este tipo de procesos, dada la clara la relación de instrumentalidad de las medidas y el proceso civil de convalidación, y que los efectos del artículo 102 se producirán automáticamente con la presentación de la demanda.

El artículo 103 del Código civil se inscribe en el capítulo correspondiente a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, y siendo la demanda de convalidación una demanda de nulidad, ya que persigue la eficacia de la declaración eclesiástica de nulidad, los preceptos genéricos relativos a la nulidad deben ser aplicables a este procedimiento, con lo que tanto medidas previas como provisionales deben ser admisibles, aunque en la práctica no se soliciten¹³.

¹⁰ ED 95/6366.

¹¹ ED 91/8910.

¹² En la corrección de errores de la Ley 1/2000, BOE nº. 90, de 14 de abril de 2000 se sustituyó la referencia al artículo 770 por la del art. 775.

¹³ En la práctica, se suelen solicitar únicamente medidas definitivas, normalmente en la ejecución, por entenderse que falta urgencia: la obtención de una resolución canónica llevará normalmente más de dos años, y para entonces, los cónyuges bien habrán acudido a la separación civil, o bien se encontrarán en una situación de separación de hecho, estando reguladas sus relaciones por pactos privados elevados a escritura pública o no. Por ello, no

Obviamente, y aunque la DA 2ª. nada establezca, la eficacia civil de un pronunciamiento de nulidad consiste no sólo en entender anulado el vínculo que unía a los cónyuges, sino también en la producción de una serie de efectos civiles del cambio en la situación matrimonial, como la determinación de la potestad de guarda o alimentos en caso de existir hijos matrimoniales, o la disolución del régimen económico matrimonial.

De no haberse adoptado con anterioridad a la solicitud de convalidación una regulación de las relaciones familiares tras la ruptura, como por ejemplo, a través de un proceso de separación, en el que se habrá concedido una regulación definitiva de dichas relaciones, será preciso otorgar esos efectos civiles, al menos aquellos sobre los que las partes no puedan disponer, tanto de forma provisional¹⁴ como definitiva¹⁵.

La exclusión de la regulación provisional sólo podría producirse de entenderse que no concurre peligro en la tardanza, cuando las partes regule extrajudicialmente las relaciones familiares hasta la obtención de la resolución principal, o bien cuando exista una regulación definitiva anterior.

Consideramos que la tramitación adecuada para la concesión de las medidas es la genérica para las medidas provisionales, por remisión en la DA

precisarán habitualmente de una regulación provisional, ya que si han esperado unos años hasta la obtención de la resolución canónica, bien pueden esperar unos meses hasta la convalidación y posterior ejecución de la sentencia, que determinará las medidas definitivas. REINA, y MARTINELL, *Curso de derecho matrimonial*; Madrid: 1995, pág. 773 y ss., consideran que el carácter simplificado y rápido del procedimiento de la DA 2ª. de la ley 30/81 de solicitud de eficacia civil no justifica la adopción de medidas provisionales, pues la tramitación de éstas no sería más breve que la de la solicitud principal, y que, por el contrario, tendría más justificación su adopción en los procedimientos de convalidación por la vía del declarativo correspondiente o en los de ejecución de la resolución de convalidación.

¹⁴ En este sentido, la enmienda nº. 186 del GS al proyecto de ley de enjuiciamiento civil en el Senado explicitaba la admisibilidad de las medidas provisionales: "2. Cuando en la demanda o antes de su presentación, dentro de los 30 días anteriores, se solicitara la adopción de medidas provisionales o definitivas, o la modificación de medidas ya acordadas, dicha solicitud se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo".

¹⁵ Las medidas definitivas pueden dictarse, de acuerdo con la legislación vigente, bien como parte del proceso de convalidación o como señala VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*; Granada: 1995, pág. 67, por medio de la ejecución de la resolución de convalidación "como efectos instrumentales al auto que aprueba la homologación de la resolución canónica".

segunda de la ley 30/81 en lo relativo a la ejecución a lo regulado en el Código civil sobre las causas de nulidad y disolución¹⁶ en cuanto al derecho vigente, y, en cuanto a la nueva regulación contenida en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 778, que remite al procedimiento adecuado conforme al artículo 775¹⁷.

La referencia al artículo 775 en el art. 778, una vez corregido el error, en vez de al 770, hace más difícil determinar cuáles son los procedimientos adecuados¹⁸, pues, como de acuerdo con el art. 778 se pueden solicitar medidas *ex novo* o la modificación de medidas definitivas preexistentes, surge el problema de que el art. 775 regula la modificación de medidas¹⁹, mientras

¹⁶ REINA y MARTINELL, *Curso ...*, ob. cit., pág. 822 indican que esto es “una mal llamada ejecución, que en realidad no es tal”, y que, no es aplicable al procedimiento de la DA 2ª., por darse para ello “una insuficiencia radical”, teoría que no compartimos, pues si bien el procedimiento de la DA segunda establece un procedimiento similar al del exequatur, entendemos que la especial configuración del proceso de familia, en razón del interés público subyacente, obliga al dictado de las medidas resultantes de la concesión de la nulidad, es decir, que necesariamente se han de tramitar medidas afectadas por el interés público que obligan a un pronunciamiento incluso sin solicitud de parte, tales como las relativas a los hijos menores de edad, acumulándose las acciones relativas a éstos con la principal.

¹⁷ Los pleitos de convalidación de resolución eclesiástica se siguen regulando en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en el último artículo del capítulo correspondiente a los procesos matrimoniales, posiblemente por la poca incidencia en la práctica del procedimiento; en la actualidad, la institución de la nulidad tiene una importancia ínfima cuantitativamente, comparada con la de la separación o el divorcio, y las cifras relativas a la convalidación de resolución eclesiástica la superan; en 1998 hubo 115 solicitudes de nulidad frente a 519 de eficacia, y por otro lado, 92.904 demandas de separación o divorcio, según la Memoria del CGPJ de 1999.

La nueva regulación se diferencia de lo recogido en la disposición segunda de la ley 30/81, principalmente porque no especifica norma de competencia, no se excluye la oposición y se determina expresamente que la adopción o modificación de medidas se realizará conjuntamente con la petición de eficacia civil siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 775.

¹⁸ En el artículo 770 se regula el procedimiento matrimonial contencioso, por lo que habría de excluirse que la referencia al “procedimiento que corresponda” (que hace suponer que al menos deben existir dos procedimientos de tramitación de medidas) se entienda hecha a éste y al mutuo acuerdo, que se recoge en el 777 únicamente para la separación y el divorcio, con lo que dicha referencia debe ser a los procedimientos de medidas provisionales y de medidas definitivas. Así, entendíamos que la referencia al “procedimiento que corresponda” podía considerarse realizada al procedimiento principal (art. 770) por un lado, además de los de medidas provisionales (arts. 771 a 773), medidas definitivas (art. 774) y de modificación de medidas (773) por otro.

¹⁹ En el art. 775 se regulan dos tipos de procedimiento: el de modificación de medidas definitivas de forma autónoma, sin vincularse a la nulidad, separación o divorcio, que se

que existe la posibilidad de que no exista medidas que modificar, sino que se soliciten por primera vez, por lo que el art. 775 no recogería procedimiento adecuado para ello. Realizando una interpretación correctora, entendemos que los procedimientos adecuados cuando se soliciten medidas *ex novo* deben ser el procedimiento de medidas provisionales y definitivas de los arts. 771, 773, y 774 (pues el procedimiento de mutuo acuerdo no se puede vincular a la nulidad) y, por otro lado, cuando se solicite la modificación de las medidas, el procedimiento de medidas coetáneas y definitivas de los arts. 773 y 774, aunque, de existir modificación de circunstancias, se podría solicitar cambio provisional de medidas incluso de forma previa²⁰.

2. 2. Los procesos de guarda y alimentos para menores de la LEC de 2000.

Como ya se ha indicado, este es uno de los nuevos procesos incluidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, regulado entre las normas del proceso matrimonial, tiene como antecedente el contenido de las enmiendas del GS propugnando el establecimiento de un procedimiento relativo a la ruptura de la pareja de hecho.

Finalmente no fue recogido el procedimiento sobre la ruptura de la familia no matrimonial, mas se recogió este “procedimiento” dentro de los procesos matrimoniales, circunscrito a la regulación de la potestad de guarda y al establecimiento de alimentos para el hijo menor de edad. dichas materias, es decir, que parece que se excluirían de estos procesos las cuestiones relativas a la patria potestad, como visitas o uso de la vivienda familiar.

vincula a la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta, y, por otro lado, un procedimiento de modificación de medidas de forma coetánea al procedimiento matrimonial, que no se vincula a la modificación de circunstancias. La finalidad perseguida será obtener unas nuevas medidas definitivas, aunque en ambos será posible obtener una tutela provisional, dado que se hace referencia a los artículos 771 y 773.

²⁰ Véase apartado correspondiente a requisitos para la obtención de medidas en el capítulo VI.

Sin embargo, entendemos que la referencia a “los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos” de los artículos 769 o 770.6º. pretende delimitar el campo de estos procedimientos, se está indicando que estos procesos no son los de la ruptura de la pareja paramatrimonial, es decir, que no existe regulación procesal especial para dichos contenciosos, y no que no se puedan realizar otros pronunciamientos relativos a la relación paternofilial: en relación con la medida que otorga el uso de la vivienda familiar, entendemos que forma parte del derecho alimenticio, y en cuanto a otras medidas como el ejercicio de la patria potestad, dado que la potestad de guarda y el deber de prestar alimentos a los hijos son las funciones más importantes de la patria potestad, y no sería lógico impedir la determinación del ejercicio del resto de las funciones en el mismo proceso, entendemos que en estos procesos se podrán adoptar, pudiéndose ventilar así todas las cuestiones relativas a la relación paternofilial.

En cuanto a la tramitación del proceso, no existe en sí, pues se remite a la de los procesos matrimoniales, otorgándose las mismas vías procesales para la adopción de medidas provisionales que las de dichos procesos, pues se dispone genéricamente que “para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

Mientras que por la vía del artículo 770.6º. de la nueva LEC se establecen idénticos trámites para adoptar medidas provisionales, es de señalar que el contenido de las medidas no será el mismo, pues, estos procesos versan exclusivamente sobre la relación paternofilial, y por lo tanto las medidas provisionales lógicamente deben guardar relación con este objeto.

Entendemos que además de las medidas provisionales relativas a las relaciones paternofiliales, se podrá adoptar cualquier medidas cautelares que favorezca al menor.

2. 3. Las medidas provisionales paralelas a procesos eclesiásticos

Ante la cuestión de si cabe posible obtener medidas provisionales instrumentales a un proceso canónico sin solicitar de forma paralela la separación ni el divorcio, hemos de determinar si el proceso eclesiástico de nulidad se inscribe en el concepto de “demanda de nulidad” del Código civil referido a las medidas provisionales.

En la regulación procesal de los efectos de la nulidad, separación o divorcio nada se indica al respecto, y tampoco en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se soluciona la cuestión, al contrario de lo que ocurría en la normativa anterior a 1981, pues el Concordato de 1953 establecía la obligación del juez civil de dictar, en función de “auxilio” a la jurisdicción canónica, las medidas previas y provisionalísimas²¹.

Parte de la doctrina matrimonialista estima que la normativa civil -el “derecho particular”²²- permite la solicitud y consiguiente obtención de medidas previas y coetáneas a la demanda ante los tribunales eclesiásticos, situándose al margen de los procesos civiles; porque sería contrario al principio de economía procesal no admitirlas, esgrimiendo varias razones: por un lado se sostiene que en ciertos casos se presenta necesaria su adopción por la animosidad y disensión existente entre los cónyuges²³, por otro lado se defiende por la referencia a “Tribunal” del art. 104.2 C.c. como tribunal eclesiástico²⁴; finalmente, porque de acuerdo con lo previsto en el artículo

²¹ PÉREZ-LLANTADA, *Derecho canónico matrimonial para juristas* (con Magaz y Sangro); Madrid: 1993, pág. 424. Señala además que, en la actualidad, tras la vigencia de la ley 30/81, que interpreta unilateralmente el Acuerdo jurídico de 1979 entre la Santa Sede y el Gobierno español, parece evidente que no cabe la regulación de las medidas provisionales y provisionalísimas con el presupuesto de la demanda canónica de nulidad.

²² En lo relativo a efectos o medidas, el cánón 1672 del Código de derecho canónico señala que “*Las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil, a no ser que el derecho particular establezca que tales causas puedan ser tratadas y decididas por el juez eclesiástico cuando se planteen de forma incidental y accesoria.*”

²³ VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona: 1982, págs. 202 y 203.

²⁴ LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*. Madrid: 1983, pág. 410. Sin embargo, el término “tribunal”, tal como señala la exposición de motivos del proyecto de

22.5ª. de la LOPJ, los Juzgados y tribunales españoles son competentes para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España²⁵.

Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que el Código Civil se refiere a la nulidad civil y no canónica, con lo que no es posible la concesión de medidas provisionales sin iniciar un proceso civil, sin perjuicio de que las resoluciones canónicas de nulidad puedan tener eficacia civil si reúnen determinados requisitos²⁶.

Entendemos que las medidas previas serían susceptibles de otorgarse, puesto que el artículo 104 C.c. permite la solicitud de medidas previas cuando un cónyuge se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio, y al tratarse de una exigencia atinente a la voluntad interna, es imposible controlar a priori la concurrencia de este requisito, y por lo tanto denegar las medidas, si bien sólo estarán vigentes durante el plazo de treinta días si no se presenta una demanda civil, siendo posible la reiteración de la solicitud cuando transcurran los treinta días que el artículo 104 C.c. señala como límite para la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio²⁷.

Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado IV, "*propiamente hablando, nada dice del carácter unipersonal o colegiado del órgano*".

²⁵ CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 619.

Entre los que admiten las medidas provisionales, además, BONET NAVARRO, *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del Código civil* (Lacruz coord.). Madrid: 1982, pág. 1006, al igual que ALONSO FURELOS, *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el derecho español*. Córdoba: 1989, pág. 39, VILALTA y MÉNDEZ, *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*; Barcelona: 1998, pág. 27.

Por otra parte, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal práctico*, Tomo VIII; Madrid: 1992, pág. 271, indican que en estos casos la solicitud habrá de acompañarse de documentación acreditando la interposición y admisión de la demanda ante la jurisdicción eclesiástica.

²⁶ PÉREZ-LLANTADA, *Derecho Canónico Matrimonial...*, ob. cit., pág. 424, o ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*. Barcelona: 1990, pág. 247., y pág. 50 de *Aspectos procesales de los juicios...*, ob. cit.

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*. Vol. II, (con Amorós, Bercovitz *et alii*); Madrid: 1984, pág. 736, considera que las medidas previas son admisibles, y OTERO MORALES, *Las medidas urgentes ante la situación de*

Por el contrario, en relación con las medidas coetáneas, admitidas en ocasiones a causa de la inercia producida por la práctica anterior²⁸, la inexistencia de la instrumentalidad respecto del proceso principal impide la admisión de las medidas provisionales matrimoniales de forma paralela a un procedimiento de nulidad eclesiástica²⁹.

Ante la inadmisibilidad de las medidas coetáneas paralelas a los procesos eclesiásticos, entendemos que es posible obtener unas medidas análogas a las previstas en los procesos matrimoniales que ordenan la convivencia y las relaciones de los separados de hecho, estado que ostentan a fin de cuentas aquellos que se encuentran separados y únicamente, por el momento, desean obtener la nulidad eclesiástica, sin solicitar la intervención civil en relación con el vínculo matrimonial.

El sustento material de dicha solución serían los artículos 156, 158, 159 y 170 C.c. en lo relativo a los hijos; el 1318 C.c. en cuanto al mantenimiento de las cargas familiares, que incluiría el sustento del cónyuge, concretado en los alimentos del art. 143; el art. 1388 en lo relativo a la administración de bienes gananciales, así como el art. 158 en lo referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se puede entender comprendida

crisis: medidas previas y provisionales. La ejecución del auto dictado en procedimientos de medidas previas o provisionales, en La situación jurídica de la mujer en los casos de crisis matrimonial; Cádiz: 1997, pág. 57, entiende que el proceso de convalidación es un proceso de nulidad a efectos de admitirse medidas previas, pues indica que cuando los cónyuges se dispongan a solicitar la nulidad eclesiástica, pueden solicitar las medidas previas, presentando antes de 30 días ante el Juzgado civil certificación de haber sido admitida la demanda de nulidad canónica por el Tribunal eclesiástico correspondiente, haciendo valer posteriormente la sentencia de nulidad que en éste se dicte ante los Tribunales civiles en el procedimiento de eficacia civil pro los trámites de la DA 5ª de la ley 30/81.

²⁸ Ha de tenerse en cuenta que la cuestionabilidad de la introducción de unas medidas sin existir un proceso civil tiene su origen en la práctica anterior, continuada hasta la actualidad. MARTINELL, *Procesos matrimoniales civiles: disfunciones y reformas*; Barcelona, 1990, pág. 42.

²⁹ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho...*, ob. cit., pág. 33 y 34, también es contrario a la admisibilidad de las medidas coetáneas en los pleitos eclesiásticos, por tener las medidas provisionales un carácter accesorio del pleito principal, de manera que terminan cuando sean sustituidas por la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo, y las sentencias canónicas no ponen fin al procedimiento en el sentido del artículo 106

en la contribución a las cargas o como una medida de protección del menor, y la vía procesal la de las medidas cautelares innominadas o los artículos 1910 y siguientes de la LEC para los malos tratos a menores.

Ya hemos destacado el mayor grado de interés público en la protección de los menores de edad en las crisis familiares, que se ha concretado en el establecimiento en la nueva Ley de enjuiciamiento civil del proceso de menores, en el que se establecen las medidas de guarda y alimentos para los menores, ya sean de forma definitiva o provisional, como preceptúa el art. 770.6.

2. 4. Procesos entre cónyuges separados de hecho.

Entendemos que las medidas provisionales de los artículos 102 y siguientes del Código civil no pueden ser adoptadas fuera de un proceso de nulidad, separación o divorcio, pues se han establecido específicamente para estos procesos, en los que se incluye necesariamente como objeto la pretensión de obtener una declaración sobre la relación matrimonial, si bien por otro lado, los cónyuges que no desearan iniciar un procedimiento de nulidad, separación o divorcio por no pretender un pronunciamiento sobre su vínculo matrimonial, y no pueden obtener las medidas provisionales, sí pueden obtener una ordenación análoga a la de medidas provisionales matrimoniales.

Esta ordenación sería la ya indicada para los que demandaran la nulidad eclesiástica, de modo que regirían las medidas en su ámbito material los artículos 156, 158, 159 y 170 del Código civil en lo relativo a los hijos, el 1318 C.c. a la contribución a las cargas, el 143 sobre alimentos, el 1388 en cuanto a la administración de gananciales, y el 158 en lo referente a la atribución del uso de la vivienda familiar.

En el plano procesal habría que distinguir la situación actual de la que se producirá una vez entre en vigor la nueva Ley de enjuiciamiento civil, pues

C.c., pues para que tengan efectos civiles es necesario acudir a un pleito de eficacia civil ante la jurisdicción ordinaria, por lo que no sería posible su admisión.

mientras que ahora habría que acudir a la analogía procedimental con las medidas provisionales, o a las medidas cautelares innominadas o a los arts. 1910 y ss. de la LEC, tras la vigencia de la ley 1/2000 las cuestiones relativas a los hijos pueden ventilarse por el procedimiento de las medidas provisionales del proceso matrimonial, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 770.6³⁰, lo que producirá problemas en relación con la acumulación con otros objetos procesales.

2. 5. Procedimiento de retorno del menor secuestrado

El fenómeno del secuestro internacional de menores se pretende corregir a través de Convenios Internacionales, ya sean de carácter multilateral o bilateral, y, ante la iniciación de un proceso de restitución, dada la falta de inmediatez de ésta por precisarse respetar ciertos trámites, se hace necesario en la mayoría de las ocasiones la adopción de medidas provisionales o cautelares de protección de los menores.

Precisamente con la finalidad de hacer efectivo en nuestro país las disposiciones de Convenios Internacionales sobre sustracción de menores de los que España sea país firmante, esencialmente el Convenio de la Haya de 1980³¹, se introdujo en la LEC, a través de la ley de protección jurídica del menor del año 1996, una sección titulada “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

En realidad, no se trata simplemente de unas medidas, sino de un procedimiento independiente, que asegura la efectividad de los convenios

³⁰ Este apartado fue introducido por mayoría en la Ponencia en el Senado, sobre la enmienda del Grupo Socialista número 181.

³¹ BORRÁS, *Problemas de derecho internacional privado suscitados por la nueva ley del menor*, en *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles*, Cuadernos de derecho judicial, 1997, pág. 193.

Señala también que la eficiencia en la aplicación del Convenio de la Haya ha cambiado mucho desde 1989, año en el que se exhortó únicamente a España a mejorar su tratamiento de las cuestiones de secuestro internacional, ya que en las Comisiones de 1993 y 1997 se comprobó que el desarrollo era correcto, y en la actualidad las devoluciones se adaptan al Convenio de la Haya, lo que no significa que los menores sean siempre retornados. *Ibidem*, pág. 195 y ss.

sobre sustracción internacional de menores, en el cual es posible adoptar medidas instrumentales al procedimiento, duraderas hasta que el juez resuelva definitivamente. Estas medidas provisionales serían la de guarda provisional y alimentos provisionales, así como cualquier otra tendente a asegurar la situación, como la prohibición de salida del territorio nacional del menor o el embargo de cuentas, etc. del obligado al pago.

En cuanto a la relación de este procedimiento con el de familia que se pudiera desarrollar contemporáneamente, entendemos que lo adecuado sería que se pudiera presentar al juez que conozca del pleito de familia en todo caso, o que al menos se le comunicara la presentación de la solicitud de la devolución o el resultado de este proceso con el fin de evitar que distintos jueces concedan medidas incompatibles, sin embargo el artículo 1902 se indica que la competencia para conocer de la solicitud de sustracción corresponde al del lugar de residencia del menor sustraído, por lo que en muchas ocasiones puede no coincidir.

Es posible acordar medidas provisionales a petición de quien promueva el procedimiento o a instancia del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1903, determinando la custodia del menor a cargo de una persona o Institución además de cualquier otra medida de aseguramiento que considere pertinente, como podría ser la de prohibición de salida del territorio nacional del menor, vigilancia policial de la residencia del menor, la retención de cantidades dinerarias de las cuentas del guardador de hecho, o cualquier otra que pueda afectar a la situación.

Por otra parte, y ya sin precisarse solicitud de parte o del Ministerio Fiscal, se indica en el artículo 1905 que si el requerido a entregar el menor no compareciere, el juez decretará las medidas provisionales que juzgue pertinentes en relación con el menor, lo que implica su necesidad. Entre las medidas susceptibles de acordarse se encontrarán las de localización del menor, prohibición de expedición de pasaporte o salida del territorio nacional, etc., o incluso la medida de entrega del obligado por la fuerza policial, que en realidad es la forma de ejecución forzosa de la medida de

entrega, así como las medidas aseguratorias patrimoniales tales como retenciones, embargos, entre otras.

En relación con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil del 2000, es de remarcar que la ley de 1881 seguirá vigente en lo relativo a la jurisdicción voluntaria en tanto no se modifiquen por normas posteriores.

2. 6. Procesos sobre la crisis de la familia paramatrimonial.

En la segunda mitad del siglo XX han proliferando formas familiares no basadas en el matrimonio, como la familia monoparental, la homosexual³² y la paramatrimonial o extramatrimonial, compuesta por una pareja heterosexual y sus posibles descendientes, llamada también convivencia *more uxorio* o uniones de hecho, cada vez más común en nuestro país³³.

La separación de las personas unidas por una relación análoga a la matrimonial, con descendencia común o no, produce consecuencias prácticas similares a las de la crisis matrimonial, y ante la falta de acuerdo de los exconvivientes en los efectos de la ruptura³⁴, será evidente que habrán de

³² Se pretere el fenómeno de la pareja de hecho homosexual, o la familia monoparental, pues en relación con el primero, no se presentan problemas jurídico-procesales de relevancia, dado que no pueden tener hijos en común, naturales ni adoptivos, por imposibilidad legal y únicamente puede surgir controversia en su ruptura en lo concerniente al ámbito patrimonial, habiéndose de solucionar estos conflictos de una por la misma vía que los de la unión heterosexual de hecho, al menos hasta que exista regulación expresa sobre esta forma de "solidaridad convivencial". (Véase BAYO DELGADO, «Problemas subsistentes en el derecho de familia», en *Jueces para la democracia*, noviembre de 1997, nº. 30, pág. 38.). En lo relativo a la familia monoparental, como no hay pareja, no existe posible crisis, si bien se podrán adoptar las medidas de protección del menor precisas ante una situación de necesidad.

³³ La encuesta sobre indicadores sociales de España de 1997 recoge una evolución de las formas familiares en España consistente en un incremento de las cifras de uniones paramatrimoniales. Indicadores sociales de España; Madrid: INE, 1997.

Por otra parte, han proliferado en España los registros provinciales y locales de uniones de hecho, en los que se permite la inscripción de parejas heterosexuales y homosexuales, como señala SOUTO GALVÁN, *Registro de uniones de hecho en la Comunidad de Madrid, en Uniones de hecho*, (Martinell dir.); Lleida: 1998, pág. 433, y se han dictado hasta el momento tres leyes autonómicas sobre la unión de hecho en Cataluña, Aragón y Navarra.

³⁴ Si dos convivientes deciden separarse, es claro que la vía más cómoda y apropiada para crear una nueva situación que satisfaga a ambos será la del acuerdo; nada impide que convengan lo que deseen, de la misma manera que dos cónyuges pueden realizar un acuerdo de separación de hecho sin el concurso del órgano jurisdiccional. En relación con los pactos

acudir a instancias judiciales que determinen las relaciones personales y patrimoniales de la familia no matrimonial en crisis.

Las características de la unión de hecho no están aún reguladas expresamente en nuestro ordenamiento común, aunque sí en algunos derechos particulares y únicamente existen referencias legales a la situación de los hijos, equiparada a la de los matrimoniales.

Ante esta laguna legal, por la vía jurisprudencial se ha dotado a las relaciones de la familia no matrimonial de ciertos efectos jurídicos, otorgándose consecuencias a su ruptura análogas a las de la familia matrimonial, tales como el derecho a la obtención de una indemnización³⁵ o al uso de la vivienda familiar una vez escindida la relación³⁶.

que pudieran realizar los convivientes para regular una posible ruptura, señala GONZÁLEZ POVEDA, *Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes; su validez y eficacia.*, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, (O'Callaghan dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, págs. 524, 527, y 528, que el Tribunal Supremo está reconociendo validez a los pactos entre convivientes en lo relativo a las relaciones patrimoniales, siempre que no fueran, de acuerdo con el artículo 1275 del Código civil, sin causa o con causa ilícita, es decir, contrarios a las leyes o a la moral. Sigue indicando que en la actualidad, los pactos entre concubinos no están viciados de nulidad por inmoralidad de la relación no matrimonial, y que por el contrario, la dicción del artículo 39 de la Constitución Española vincula a los poderes públicos en la protección de la familia, cualquiera que sea su formación. En este sentido, en las nuevas leyes forales de Cataluña, Aragón o Navarra sobre las parejas no matrimoniales, se concede valor vinculante a los acuerdos de los exconvivientes sobre cuestiones económicas y también en relación con la guarda y custodia de los menores y régimen de visitas, salvo que lo acordado fuera lesivo para los progenitores o hijos comunes.

³⁵ Entre los convivientes no existe obligación alimenticia, -salvo la que tuviera origen en un pacto realizado por ellos-, mas por la aplicación de figuras jurídicas patrimoniales o del derecho autonómico en el caso de Cataluña, Aragón o Navarra, es posible la obtención de una indemnización a cargo del exconviviente. En este sentido, la S. de la Secc. 4ª. de la AP de Zaragoza, de 25 de febrero de 1991(RGD nº. 571) indica que "ninguno de los que convivieron puede reclamar al otro alimentos al amparo del artículo 143 del Código Civil", aunque "cuando exista culpa por parte de uno de los convivientes, éste debe reparar al otro los perjuicios que esa ruptura le pueda producir, indemnización que no puede confundirse con la obligación legal de alimentos y que precisaría la previa declaración de culpa...", en la sentencia del TS de 20 de octubre de 1994, ED 94/8194, se indica que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, y en la de 23 de julio de 1998, RJ 1998/6131, se apunta que no se puede aplicar automáticamente el régimen económico matrimonial a las parejas de hecho, pero es posible su regulación si existe pacto expreso o tácito.

³⁶ Las parejas de hecho son entes al margen del derecho; se ha dicho que se trata de una situación "ajurídica" (STS de 10 de marzo de 1998, ED 98/1250), dado que no están regulados por la ley los contenidos y efectos de dichas relaciones, y la dotación por vía jurisprudencial de algunos derechos y deberes paralelos a los de las parejas casadas, por

Para concretar la forma de adopción de medidas provisionales en los procedimientos que entablen los convivientes, así como su contenido, es preciso despejar tres interrogantes; la primera de ellas qué procedimiento es el adecuado, la segunda, cuál es el juez competente, y la tercera, qué medidas provisionales se pueden adoptar y por medio de qué procedimiento.

Los convivientes o exconvivientes de hecho pueden ejercitar diversas acciones ante la ruptura de su situación convivencial para obtener un resultado equivalente al otorgado en un proceso matrimonial: solicitar la adjudicación de la guarda de los hijos comunes, la asignación de alimentos para éstos a cargo del progenitor no guardador, el uso de la vivienda familiar, la determinación de un régimen de visitas, la división del patrimonio común, e incluso la reclamación de una indemnización o pensión para uno de los convivientes con cargo al otro.

la vía de la concurrencia a figuras tradicionales del derecho patrimonial común, o bien a principios generales del derecho, ha supuesto que se califique su situación como de "hiper-derecho" (GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*; Madrid: 1995, pág. 210).

De esta manera, para el otorgamiento de una indemnización análoga a la pensión por desequilibrio económico o de alimentos para el cónyuge, se recurre habitualmente a las figuras jurídicas patrimoniales, tales como las de la comunidad de bienes, la sociedad irregular civil o mercantil, la responsabilidad extracontractual y sobre todo, el enriquecimiento sin causa. (Véase GARCÍA RUBIO; *Alimentos...*, ob. cit., págs. 210 y ss., así como VEGA SALA, *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: 1996, pág. 114 y ss., o LÓPEZ-MUÑIZ, *La ruptura de las uniones paramatrimoniales*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, pág. 79 y ss.), mientras que para la concesión del uso temporal de la vivienda familiar al no propietario, el Tribunal Supremo se refiere en su sentencia de 10 de marzo de 1998 al principio general de protección al conviviente perjudicado, derivado de las normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de derecho privado (art. 96 C.c. y art. 16.1b de la Lau), de las sentencias del Tribunal Constitucional (ss. 222/1992, de 11 de diciembre, 6/1994, de 18 de enero, 47/1993 de 8 de enero), y de las mismas sentencias del Tribunal Supremo (ss. de 16 de diciembre de 1996 y 20 de octubre de 1994).

La S de la AP de Barcelona de 27 de mayo de 1991 otorga la vivienda y una pensión a la exconviviente y al hijo común.

a) procedimiento principal

Dado que no existe regulación concerniente al tipo de juicio que ha de seguirse cuando se ejerciten las acciones derivadas de la ruptura de la convivencia, parece que en principio habría de acudir al juicio de menor cuantía, de acuerdo con los apartados 3º. y 4º. del artículo 484 de la LEC de 1881³⁷, si bien parte de la doctrina defiende que se siga el procedimiento de la DA 5ª. de la ley 30/1981 de 7 de julio, destinada a la sustanciación de procesos matrimoniales³⁸, o de la DA 6ª. si existe acuerdo entre los exconvivientes³⁹.

³⁷ Dichos apartados señalan que se decidirán en el juicio de menor cuantía las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse, así como cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa. Esta era la vía considerada apropiada en los acuerdos entre abogados y jueces de familia de Madrid, mientras que si hubiera acuerdo, sería aplicable el de la DA sexta. «Reunión entre jueces de familia y abogados», *Otrosí*, noviembre de 1993.

Como señala BAYO DELGADO, «Problemas...», ob. cit., pág. 38, en algunas Audiencias Provinciales se obliga a tramitar un mutuo acuerdo de convivientes con hijos por el juicio de menor cuantía con admisión de hechos y peticiones en la contestación, para evitar la figura del allanamiento, y recurriendo al artículo 158 C.c. para dotar de medidas provisionales.

³⁸ La sentencia de la AP de Madrid de 10 de diciembre de 1992 justifica tal analogía procedimental en la igualdad de los hijos ante la ley: "...al artículo 39 de la Constitución española, conforme al cual los hijos son iguales ante la Ley, con independencia de su filiación; y tal equiparación de hijos matrimoniales y no matrimoniales no debe limitarse al ámbito sustantivo, sino además extenderse inexcusablemente al campo procedimental en que se ventilan ante la jurisdicción los referidos derechos sustantivos; y si las contiendas afectantes a los hijos habidos de una unión matrimonial, a raíz de la crisis de ésta, encuentran su cauce específico y expreso en la DA 5ª., o en su caso, la 6ª. de la Ley 30/1981, de 7 de julio, las cuestiones de la misma índole procesal, en cuanto de seguirse el camino marcado por el artículo 484-4º., posible en principio como antes se apuntó, se establecería una discriminación no permitida por nuestra Carta Magna, que además haría de mejor condición, en tal ámbito, a los hijos extramatrimoniales en cuanto las contiendas litigiosas sobre ellos podrían alcanzar su conocimiento y decisión por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, lo que no ocurre con la litis matrimonial, en la que se ven inmersos los hijos, que agota su devenir procedimental en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que, en su caso, habrá de dictar la definitiva resolución sin posibilidad de efectiva revisión por un Tribunal Superior, al estar limitado tales casos la casación a la iniciativa del Ministerio Fiscal, y en interés de la Ley.", y en el Auto de la AP de Madrid de 28 de enero de 1993 se señala, tras destacarse la insuficiencia de los trámites regulados por el art. 156 C.c., que son apropiados los trámites de la DA 5ª. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Madrid: 1995, págs. 392 a 395.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 se que, ante lo inoportuno para adoptar medidas del trámite de menor cuantía o de la jurisdicción voluntaria, y, en armonía con los principios de igualdad y no discriminación de los hijos no matrimoniales,

De esta manera, se produce una grave diferenciación de trato dependiente del lugar de tramitación de la cuestión: mientras que determinadas Audiencias Provinciales admiten la aplicación de los trámites del proceso matrimonial a la ruptura de la familia no matrimonial, otras Audiencias no lo hacen

La analogía procedimental sería, en tanto no entre en vigor la nueva Ley de enjuiciamiento civil, la única vía de dotar de coherencia a los pronunciamientos sobre los menores y sus relaciones con los progenitores, tanto económicas como personales; de este modo, cuando la solicitud de alimentos para los descendientes coincidiera con la ruptura de la unión paramatrimonial, sería necesario, con el fin de evitar la discriminación de los hijos extramatrimoniales, seguir el procedimiento de la DA 5ª.

Esta remisión por la vía analógica a los procedimientos a seguir en las situaciones de crisis matrimonial, más apropiados que los correspondientes al juicio de menor cuantía, aunque sea con la finalidad de evitar la discriminación de los hijos extramatrimoniales⁴⁰, no es la mejor solución,

“hay que entender aplicable analógicamente para la resolución de las litis afectantes a los hijos no matrimoniales el mismo cauce procesal que para los hijos matrimoniales, es decir, la Disposición adicional 4ª, 5ª y 6ª de la ley 30/81, de 7 de julio”. Entre los autores defiende esta analogía como forma de protección de la familia de convivientes, POIRIER BENITO DEL VALLE, Debate correspondiente al seminario sobre las medidas a adoptar con ocasión de las crisis matrimoniales: problemas y reformas aconsejables, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 153 y ss.

³⁹ Indica LÓPEZ-MUÑIZ, *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*; Madrid: 1997, pág. 312 y 313, que es habitual que, habiendo hijos, se admita la tramitación por el procedimiento de la DA sexta cuando exista acuerdo entre los convivientes, mientras que se admite más difícilmente que las cuestiones contenciosas se tramiten por el de la DA quinta, y que debería poder tramitarse por el procedimiento especial matrimonial, sea de la DA quinta o sexta, toda demanda de exconvivientes, inclusive la que afectara únicamente a sus relaciones..

⁴⁰ Señala BAYO DELGADO, «Problemas...», ob. cit., pág. 38, que *“la no discriminación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales es un principio constitucional no desarrollado plenamente en la práctica, especialmente en el derecho procesal”.*

En la consulta de la Fiscalía General del Estado nº. 2/1987, de 2 de abril, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos derivados de la ruptura de uniones familiares de hecho con descendencia, se señaló que éste debía intervenir *“en los procedimientos que puedan seguirse tras la terminación de las uniones matrimoniales de hecho y que trasciendan a algunos de los derechos derivados de la filiación o a la patria potestad”*, intervención basada en que la finalidad de ésta en los procesos matrimoniales es la existencia de hijos menores o incapaces, y que el artículo 14 de la Constitución

pues debería haber una previsión legal que estableciera esta tramitación, y que evitara así una situación de inseguridad jurídica, que hace depender el tipo de procedimiento a seguir en el conflicto de la pareja de hecho del criterio de cada órgano judicial⁴¹. Este problema se mantiene en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, pues las cuestiones de la familia de hecho se tramitarán por dos procedimientos, uno para las cuestiones relativas a los menores, y otro para el resto de las cuestiones; el primero especial y algo adaptado a las peculiaridades de la materia, y el segundo, que habrá de sustanciarse por el procedimiento adecuado de acuerdo con las normas generales de cuantía.

b) acumulación y competencia

En los procesos que entablen los convivientes para regular su situación familiar tras la crisis aparece el interrogante de si se pueden acumular en el mismo procedimiento objetos como el relativo a los menores a otros relativos a las reclamaciones patrimoniales entre los convivientes, a lo que ya hemos hecho referencia en el Capítulo I.

Sin embargo, aunque la acumulación sea posible en principio, se presenta una dificultad, cual es que en algunas circunscripciones territoriales existen Juzgados de Familia, cuya competencia no alcanza a las cuestiones entre los convivientes, con lo que se hace evidente que la causa se dividirá en aquellos partidos en los que existan dichos juzgados especializados.

impediría la discriminación de los hijos no matrimoniales, que los derechos derivados de la patria potestad y filiación revisten la naturaleza de estado civil, para cuyos procesos sí está prevista la intervención (art. 3.6º. Estatuto Mº. Fiscal), y, porque no existe numerus clausus respecto a las actuaciones del Mº. F. en los procesos civiles. Por todo ello, *“la omisión de citación o emplazamiento determinará la nulidad del proceso desde que se cometió la falta, pudiendo denunciarse en cualquier momento, sin necesidad de trámite especial, en cuanto se trata de un defecto que deberá corregirse de oficio (artículos 238.3º. y 240.2º. de la LOPJ)”*. Suplemento al BIMJ nº. 1486, pág. 52 y 53.

⁴¹ Véase HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales*, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, (O'Callaghan dir.) Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 538 y ss., así como en *Derecho de Familia, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº.8, noviembre de 1997, págs.110 a 146.

Ante la división de la causa se puede plantear la admisibilidad de una acumulación de los autos que se sigan en el Juzgado de Familia y en el Juzgado de Primera Instancia. Dejando de lado la conexión, que en el caso tratado sería la de tener las acciones su origen en la misma causa de pedir (art. 163.4 LEC)⁴², surge el problema de si la delimitación relativa a la competencia objetiva del Juzgado de Familia impide o permite que ante él se acumulen los autos, y si, ante una respuesta afirmativa, sería posible la acumulación ante el Juzgado de Primera Instancia no especializado.

Es evidente que el requisito de la competencia del tribunal, exigible respecto de la acumulación de acciones, es también predicable de la acumulación de autos, pues, como dice ARMENTA DEU, “la acumulación no puede ser admitida como un expediente utilizable para modificar reglas de orden público como las que regulan la competencia objetiva”⁴³.

Por lo tanto, sería imposible la acumulación de autos que se siguen en el mismo partido ante el Juzgado de Familia, pues su competencia está limitada, como se ha dicho⁴⁴, y lo mismo ocurre con lo regulado en la nueva LEC, pues en el artículo 77 de la nueva LEC dispone que “cuando los procesos estuvieren pendientes ante distintos tribunales, no cabrá su acumulación si el tribunal del proceso más antiguo careciere de competencia objetiva por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer del proceso o procesos que se quieran acumular”, de modo que como la acumulación de procesos se realiza ante el tribunal que conozca del proceso más antiguo (art. 79), se excluye la acumulación de procesos que hayan de ventilarse ante distintos tribunales, cual sucedería en caso de que en la

⁴² FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva...*, ob. cit., pág. 47 y ss., entiende que para acumular autos se requiere una determinada conexión jurídica simple o cualificada, mientras que, como indica ARMENTA DEU, *La acumulación de autos*; Madrid: 1997, 2ª. ed., pág. 39, para la acumulación de acciones no se exige más que la no incompatibilidad de las acciones, o, tratándose de la acumulación subjetiva, la conexión en cuanto a la identidad del título o “causa petendi”.

⁴³ ARMENTA DEU, *La acumulación de autos: reunión de procesos conexos*; Madrid: 1983, pág. 102.

⁴⁴ Así lo entiende FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva...*, ob. cit., pág. 157.

localidad existiesen Juzgados de Primera Instancia especializados en familia, habrá dos órganos que habrían de conocer los diferentes procedimientos. Además, en el art. 46 se establece que los Juzgados especializados sólo extienden su competencia a los asuntos que se les haya atribuido expresamente⁴⁵.

Esta posible contradicción o división de la continencia de la causa⁴⁶ podría salvarse a través de un Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial determinando la competencia de los Juzgados de Familia para conocer de las cuestiones relativa a la ruptura de la familia paramatrimonial, y nunca por medio de otros instrumentos sin validez legal como los hasta ahora utilizados, tales como los acuerdos entre Jueces y Abogados de familia producidos en Madrid⁴⁷, o la norma de reparto de los juzgados de Barcelona en la que se otorga competencia a los Juzgados de Familia para conocer de las “demandas en las que se ejerciten acciones previstas en la ley catalana de uniones estables de pareja”⁴⁸.

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y procesos en el proceso civil*; Madrid: 2000, pág. 33, entiende que los Juzgados de Primera Instancia cuyas competencias estén fijadas ex. art. 98 LOPJ no pueden llegar a conocer de otros asuntos por la vía de la acumulación.

⁴⁶ En la nueva ley se hace referencia en el artículo 76, a la conexión de los procesos que, de seguirse por separado, originarían pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, evitándose la referencia de la antigua a la “división de la continencia de la causa”, que, como señala OSORIO ACOSTA, «La acumulación de autos en el proceso civil de declaración», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996, nº. 1, pág. 238, es de casi imposible delimitación conceptual.

⁴⁷ En los acuerdos entre abogados y jueces de familia de Madrid que se han ido celebrando desde 1986 se ha declarado la competencia de los jueces de familia para conocer de las cuestiones que se le presentaran en las rupturas de parejas de hecho con hijos comunes, abrogándose en estos casos de concurrencia de hijos la competencia para conocer de las cuestiones relativas a los cónyuges. «Reunión de letrados con jueces de familia y Ministerio Fiscal»; *Otrosí*, septiembre de 1986, «Reunión de jueces, fiscales y comisión derecho de familia», Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de 18 de diciembre de 1987, «Reunión entre jueces de familia y abogados», *Otrosí*, noviembre de 1993. Es precisamente la falta de legalidad en la atribución de competencia de estos acuerdos la que ha provocado que las resoluciones que dicte el juez de familia relativas a las relaciones entre los exconvivientes puedan ser objeto de nulidad, dada la falta de competencia objetiva de los jueces de familia para conocer de las cuestiones que no sean las determinadas legalmente.

⁴⁸ Estas demandas se clasificarían en la clase 9ª de normas de reparto de los Juzgados de Familia de Barcelona.

Por el contrario, de no existir Juzgado de Familia, se puede plantear la acumulación en el Juzgado de Primera Instancia, pues no existiría limitación en cuanto a la competencia, y lo mismo ocurriría, como apunta GASCÓN INCHAUSTI, de querer reunirse a un proceso iniciado ante un Juzgado de Primera Instancia otro iniciado ante un Juzgado de Familia de otra circunscripción⁴⁹.

También existiría otro obstáculo a la acumulación, cual sería el de la homogeneidad de las acciones o los procedimientos, es decir, si son acumulables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 154.3º. y 164 LEC de 1881, donde se establece la necesidad de que los juicios sean de la misma naturaleza o clase⁵⁰, así como con lo preceptuado en el art. 73 de la nueva LEC, donde se impide la acumulación de acciones cuando deban “por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo”, y en el art. 77, que permite la acumulación de procedimientos con distintos trámites siempre que la tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales.

En cuanto al sistema vigente, tendríamos un juicio de menor cuantía, en el que se ventilarían las cuestiones relativas a la pareja de hecho, y otro de la misma clase en el que se sustanciaran las relativas a los menores de edad, por lo que la acumulación, tanto de acciones como de autos, sería posible.

En relación con la nueva Ley de enjuiciamiento civil, existe una novedad, cual es la introducción de un proceso especial para determinar la guarda y alimentos para el menor de edad (arts. 769 y siguientes), mientras que no se ha regulado ninguna vía especial para la tramitación de los pleitos entre convivientes, por lo que otras cuestiones diversas a la guarda y alimentos para hijos menores que pudieran surgir entre los convivientes habrán de ventilarse por la vía del juicio ordinario si el interés económico de

⁴⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y procesos en el proceso civil*, Madrid: 2000, pág. 156 y ss.

⁵⁰ FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva...*, ob. cit., pág. 47. GASCÓN INCHAUSTI, «La acumulación de autos en el proceso civil», en *Tribunales de Justicia*, 2000/1, pág. 59, se refiere a la acumulación de procesos especiales, y apunta que será posible la acumulación de procesos del mismo tipo, como los procesos matrimoniales de separación y divorcio, como se indica en la STS de 2 de abril de 1993, RJA 2990.

la demanda fuera imposible de calcular (art. 249.2), salvo la solicitud de alimentos (convencionales, pactados entre los convivientes, pues la indemnización o pensión introducidas en las leyes autonómicas no tienen naturaleza alimenticia⁵¹), cuya resolución corresponde por los trámites del juicio verbal (art. 250.8º.).

Así, nos encontramos con pretensiones que se han de tramitar por un proceso especial, otra, como la acción de alimentos, que se ha de tramitar por el juicio verbal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 250.8º. en razón de su materia, y otras que no tienen especial tramitación, por lo que se han de resolver por el cauce del juicio ordinario o verbal en virtud de la cuantía.

Entendemos, como indica DÍEZ-PICAZO respecto al sistema vigente, que la especialidad del proceso no debe impedir la acumulación de acciones con carácter general, y que la imposibilidad debe darse únicamente cuando “las especialidades procesales sean incompatibles con el proceso declarativo en el que, en virtud de la acumulación, se deberían practicar”⁵², y además, siguiendo a GASCÓN INCHAUSTI, que cuando las acciones versen sobre la misma materia especial la acumulación es posible, lo cual es claro en el caso de los procesos sobre el estado civil y capacidad de las personas⁵³, pues las cuestiones sobre menores versarían sobre una misma materia que las relaciones patrimoniales entre los convivientes, la familiar.

Por otra parte, entendemos que sí es posible la acumulación de juicios⁵⁴ ordinarios con otros en los que se prevén especialidades, si ello no conlleva la pérdida de derechos procesales, lo que no se producirá en estos casos⁵⁵, si bien “*habrá que cuidar que, unificado el procedimiento, la*

⁵¹ Véase apartado correspondiente a indemnización para el conviviente en el Capítulo V.

⁵² DÍEZ-PICAZO, Ignacio, «La acumulación de acciones en el proceso civil», El objeto del proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, 1996, pág. 74.

⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y procesos en el proceso civil*; Madrid: 2000, pág. 38.

⁵⁴ Habrá de tenerse en cuenta el impedimento del art. 78 apdos. 2 y 3, de que no se podrán acumular procesos cuyas acciones se hubieran podido acumular *ab initio*.

⁵⁵ Ha de tenerse en cuenta, como indica GASCÓN INCHAUSTI, que aunque el art. 77 dé a entender que la acumulación consiste en una unificación procedimental, en la práctica,

*especialidad se aplique únicamente a aquel objeto respecto del que se dé el fundamento ratione materiae de la especialidad*⁵⁶, permitiéndose la acumulación entre el proceso especial de guarda y alimentos para menores y un proceso ordinario para la determinación de las relaciones de la familia no matrimonial tras la ruptura, aplicándose las especialidades del proceso de menores únicamente a las cuestiones relativas a los menores de edad, tal como ocurre en el proceso matrimonial, en el que el régimen especial sólo afecta a dichas cuestiones y a las relativas al vínculo matrimonial.

c) Aplicabilidad del procedimiento de medidas

En lo relativo a la aplicabilidad de las normas sobre medidas provisionales de los procesos matrimoniales -tanto previas como coetáneas- a las situaciones de separación de convivientes, ya sea en el marco de un proceso con los mismos trámites que el matrimonial o bien en el del declarativo de menor cuantía, consideramos que dado que las medidas provisionales matrimoniales tienen una clara función instrumental, y existen en cuanto haya, o se prevea que va a haber, un proceso de separación, divorcio o nulidad, no parece posible adoptar las medidas provisionales de los

la producción de este efecto es dudosa, pues dado que no se suspenden los procesos durante la tramitación del incidente, a menudo la acumulación se producirá a los solos efectos de dictar sentencia. *Ibidem*, pág. 150.

De acumularse el proceso de menores con un juicio verbal, entendemos que no se producirá merma de los derechos procesales, pues el proceso de guarda y menores es un juicio verbal con especialidades, y no restaría garantías a dicho juicio verbal, y que las especialidades del procedimiento como la limitación de la reconvención, la eficacia de la ausencia de alguna de las partes como admisión de los hechos alegados por la parte contraria, y la posibilidad de acordar el Juez de oficio las pruebas que considere necesarias fuera una limitación implican una adaptación del proceso a las circunstancias especiales de la materia familiar, que habrán de seguir aplicándose tras la unificación a las cuestiones relativas a los menores.

En cuanto a la acumulación con un juicio ordinario, entendemos que tampoco existirá pérdida de derechos procesales, pues aunque sus trámites sean más largos que los del verbal, no existirá merma de los derechos de las partes ni del menor, pues su situación se encontrará suficientemente protegida por las medidas provisionales que se dicten hasta el dictado de la sentencia.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 152.

artículos 102 y siguientes del Código civil en el proceso entre convivientes⁵⁷, como se hace notar en el ATC 324/1994, contrariando lo establecido en ocasiones por la vía práctica⁵⁸:

⁵⁷ CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 621 y 622 así lo entiende.

⁵⁸ En este sentido, en el acuerdo entre abogados y jueces de familia de Madrid de 1993 se señaló que los Juzgados de familia conocerían de la ruptura de las uniones de hecho únicamente cuando existiesen hijos comunes, no pudiéndose solicitar la adopción de medidas provisionales, mas sí medidas provisionales de acuerdo con la ley 30/81 de 7 de julio, en el marco del declarativo de menor cuantía, y si hubiera acuerdo, en el del procedimiento señalado por la DA sexta de la citada ley. Reunión entre jueces de familia y abogados. *Otrosí*, noviembre de 1993. Nos encontramos ante una falta de previsión del legislador que produce en la práctica una incorrecta aplicación analógica de las normas materiales y procesales referidas al matrimonio a las relaciones no matrimoniales, en las que falta el presupuesto esencial del vínculo matrimonial, que conlleva un entramado de derechos y deberes que no existen en la convivencia extramatrimonial; como señala BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid, 1992, pág. 186, "No hay que olvidar que el matrimonio es una institución reconocida y garantizada constitucionalmente, mientras que la convivencia de hecho o unión libre no lo es. Y no sólo no es una institución, sino que la convivencia de hecho no es equivalente al matrimonio, lo que no implica que la misma no sea objeto de protección".

PÉREZ VALLEJO y CASENAVE RUÍZ, *Las parejas de hecho...*, ob. cit., pág. 100, hacen referencia al Auto de 8 de julio de 1993 del Juzgado de Primera instancia nº. 10 de Granada, que estima apropiado el cauce de los artículos 1881 y siguientes de la LEC en relación con el artículo 104 del Código civil para ventilar de forma urgente y ágil los conflictos surgidos en la ruptura de uniones no matrimoniales con hijos, LÓPEZ-MUÑIZ, *Las uniones paramatrimoniales...*, ob. cit., pág. 319, considera indudable que se podrán solicitar, bien en el ámbito del menor cuantía o de los procesos especiales de familia, siempre que se ejercite una acción derivada de una convivencia paramatrimonial y PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas medidas provisionales en los procesos matrimoniales en Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991)*; San Sebastián: 1992, pág. 132 y ss., considera "con antecedente en algunas decisiones judiciales de diversas Audiencias Provinciales que es factible solicitar provisionalmente del órgano jurisdiccional competente las medidas previstas en los arts. 1881. II y III, 1883 en conexión con el art. 103 C. c. Es decir, salvo los aspectos estrictamente matrimoniales: autorización judicial para separarse provisionalmente (que es obviamente innecesaria) y revocación de los consentimientos y poderes mutuamente otorgados (siendo en las uniones de hecho necesario que expresamente se lleve a cabo tal revocación por el otorgante), en lo que se refiere a las demás medidas puede afirmarse su plena aplicación a estas situaciones fácticas. Tratamiento específico es posible dar a los alimentos para los hijos aplicando el art. 1880.4 en relación con el 1910, ambos de la LEC, con lo que no hay duda alguna relativa a su exigibilidad como también a que pueden solicitarse medidas provisionales a este fin.". Considera igualmente que el plazo de treinta días establecido por el art. 1885 es también aplicable a las rupturas de parejas de hecho: "En las uniones libres el juez deberá atender a las circunstancias específicas del caso que se le someta para acordar las medidas citadas pero no es factible decretarlas sin fijar simultáneamente su duración máxima que, atendiendo a la norma citada, sería de treinta días prorrogables por otros treinta.".

“El procedimiento establecido por el legislador para la adopción de las llamadas medidas provisionalísimas o previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 104 Código Civil y Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1981, en relación con los arts. 1.884 y ss. LEC), atendido el contenido de las medidas que el Juez puede acordar que, además de las medidas en relación con los hijos, comprende medidas relativas a la vivienda familiar, régimen de los bienes comunes de los cónyuges, cargas del matrimonio, **están pensadas para las crisis de las parejas matrimoniales**. A ello hay que añadir que son medidas cuya **eficacia está supeditada a la presentación de la oportuna demanda de nulidad, separación o divorcio**, lo que no es posible, por definición, en las uniones more uxorio, en las que no existe vínculo jurídico que sea necesario suspender en sus efectos, disolver o declarar nulo, en ningún proceso judicial. La conclusión que se extrae de todo ello es que **el procedimiento de las medidas previas no es aplicable, ni directamente ni por analogía a las uniones extramatrimoniales**, ni para la adopción de medidas que afecten a los convivientes o miembros de la unión libre, **ni para la adopción de medidas que afecten a los hijos comunes de los convivientes no casados**. Máxime cuando en nuestras leyes **existen otros procedimientos para pedir las medidas cautelares o definitivas relativas a los hijos**. O, al menos, la interpretación de nuestras leyes que sostenga la solución que acabamos de exponer, no resultaría contraria al art. 14 C.E. Por tanto, desde la perspectiva del art. 14 C.E., no existe ninguna discriminación inconstitucional por el hecho de que los hijos habidos de la unión extramatrimonial tengan que acudir para pedir alimentos, vivienda, etc., a un procedimiento judicial distinto del establecido para el caso de las crisis matrimoniales.”.

Entendemos que en esta resolución del TC no excluye la aplicabilidad de las medidas provisionales a los procesos paramatrimoniales, aunque se justifique su inexigibilidad, esto es, que el órgano jurisdiccional no está obligado a dictarlas, pero que puede conceder las medidas si así lo entiende oportuno, pues como señala HIJAS FERNÁNDEZ, su adopción no vulneraría los derechos de los justiciables⁵⁹.

⁵⁹ Señala HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales*, en *Consecuencias...*, ob. cit., pág. 556, que “la vía de los artículos 1886 y siguientes de la LEC, utilizada ampliamente por los órganos judiciales, aunque sea objetable en el plano de la ortodoxia jurídico-procesal, no conduciría a la proclamación de la nulidad de actuaciones...en cuanto no podría afirmarse que se hubiera prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido

-Alternativas ante la inaplicabilidad

Además, consideramos que es posible otorgar un sistema de protección provisional similar al concedido en los procesos matrimoniales, al menos en las situaciones en las que existan descendientes.

Ante la inadmisibilidad de medidas provisionales en los pleitos entre los convivientes⁶⁰, dada la falta de previsión legal, sería posible utilizar otras vías rápidas para la obtención de medidas tales como la guarda de los menores o el pago de alimentos; así, el juicio de alimentos provisionales, la de los artículos 1910 a 1918 para el caso de abuso o maltrato de menores, o la del artículo 1428 de la LEC de 1881, que recoge la posibilidad de demandar medidas con anterioridad a la presentación de la demanda⁶¹, e incluso, en general, la solicitud de medidas conducentes a evitar perjuicios al menor del artículo 158 del Código civil, que, por la amplitud de su contenido permite demandar cualquier tipo de medida protectora –cambio de la guarda, alimentos, medidas aseguratorias para su pago, salida de un progenitor del domicilio familiar, régimen de visitas, etc.- en cualquier tipo de proceso, e

por la ley (al no existir una norma específica e inequívoca al respecto), ni que se hubieran quebrantado los principios de audiencia, asistencia y defensa..., ni, en definitiva, que se produjera indefensión.”..

⁶⁰ LÓPEZ-MUÑIZ, *Las uniones paramatrimoniales...*, ob. cit., pág. 319, considera que las medidas provisionales del art. 104 C.c. son inaplicables a los litigios entre las parejas de hecho, ya que la función del artículo 104 es la evitación de la denuncia por abandono de familia que podría suponer el abandonar la vivienda familiar, y que, al no existir un deber de convivencia entre los formantes de la pareja de hecho, no sería necesario que el juez facultara a éstos a vivir separados..

No estamos de acuerdo con esta tesis ni con la exclusión de estas medidas: la finalidad del artículo 104 no es evitar la violación de dicha obligación de convivencia; la obligación de los cónyuges de vivir juntos del artículo 68 del Código civil, no es incumplida de acuerdo con lo recogido en el artículo 105 del mismo texto legal cuando uno de los cónyuges salga del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda correspondiente, con lo que claramente la finalidad de evitar la violación correspondiente al artículo 105, siendo la del 104 la obtención de medidas en el plazo más breve posible que regulen una situación de crisis familiar, que tendrá como objetivo principal la solicitud de la guarda de los menores, el uso de la vivienda familiar y la determinación alimentos, situación de necesidad que puede darse tanto en el seno de una familia matrimonial como paramatrimonial.

⁶¹ HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales, en Consecuencias...*, ob. cit., pág. 553 y 554.

incluso, consideramos, en cualquier momento de un proceso, es decir, como medidas previas o como medidas coetáneas a la presentación de la demanda⁶².

La aplicabilidad de las normas del C.c. a la situación de la ruptura de la familia no matrimonial en el caso existencia de hijos (alimentos, visitas, patria potestad, uso de la vivienda)⁶³, permite que no se discrimine a los hijos extramatrimoniales, y no supone la aplicación analógica de todas las normas sobre ruptura del matrimonio, ni de las normas procesales que regulan la separación y el divorcio a las relaciones paramatrimoniales. En efecto, por un lado, es posible que la diferente tramitación no implique una discriminación⁶⁴, y por otro lado, la equiparación competencial no puede hacerse al margen de la legalidad, dado que las normas sobre competencia objetiva son de *ius cogens*⁶⁵, si bien parte de la doctrina y la práctica forense defiende que hasta que no se regulen expresamente las consecuencias jurídicas de las uniones no

⁶² Así, el auto de la AP Barcelona de 11 de febrero de 1997, AC 1997/383, señala la procedencia del auto que dictó medidas cautelares en virtud de los artículos 158.1 y 2 del C.c. en tanto se resolvía la cuestión de devolución de una menor secuestrada, habiéndose además suspendido por ello el procedimiento de separación, y el Auto de 24 de febrero de 1995, La Ley 1995-4, 14.680, recoge las posibles tramitaciones por las que se puede conceder una protección provisional: por la vía del artículo 158 del C.c., la aplicación analógica de las medidas provisionales matrimoniales o por las medidas cautelares innominadas del art. 1428 LEC.

REINA y MARTINELL, *Las uniones matrimoniales de hecho*; Madrid: 1996, pág. 101 y ss. apuntan la vía del art. 1428, así como la de la jurisdicción voluntaria.

⁶³ En relación con estas medidas únicamente es debatida la procedencia de la correspondiente al uso de la vivienda familiar, cuya aplicación por analogía del contenido del artículo 96 del Código civil se haría posible por lo dispuesto en el artículo 158 C.c., tras su regulación dada por la ley del menor.

⁶⁴ HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales, en Consecuencias...*, ob. cit., págs. 559 a 561, señala muy acertadamente que en la realidad existe discriminación, mas no en lo relativo a la tramitación por el cauce del juicio declarativo de las causas paramatrimoniales, sino en la regulación de los procesos matrimoniales, vedados a la casación.”. En el mismo sentido, LÓPEZ-MUNÍZ, *Las uniones paramatrimoniales...*, pág. 313.

Es de remarcar que en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil no se excluye ninguna materia de la casación.

⁶⁵ MORENO CATENA, (con Gimeno y Cortés); *Derecho procesal civil*, Madrid: 1996, págs. 56 y ss.

matrimoniales y de su ruptura, los jueces confieran un régimen jurídico propio a las parejas de hecho⁶⁶.

En general, es posible adoptar medidas cautelares innominadas, ya sea ex. art. 1428 LEC de 1881⁶⁷ o ex. art. 727.11º. de la LEC de 2000, y de forma previa ex. art. 730, donde se preceptúa la solicitud previa a la demanda “si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad”, con vigencia por veinte días.

En relación con las medidas sobre menores⁶⁸, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se podrán adoptar medidas provisionales sobre éstos por los mismos trámites que las medidas

⁶⁶ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extra-matrimoniales en el derecho civil español*. Madrid: 1986, pág. 165, defiende, ante la falta de atribución legal de efectos a las uniones libres, la actuación jurisprudencial: “...no es que me muestre absolutamente partidario de este sistema, sino en la medida en que estoy convencido de que no hay otro posible actualmente. Si tenemos en cuenta el poder de decisión soberano que en última instancia tienen los tribunales -tanto sobre los contratos de convivencia, como sobre los instrumentos de derecho común o principios generales que puedan interpretarse en nuestro sistema jurídico en favor de la unión de hecho-, la única vía posible para reconocerle efectos jurídicos es la de la jurisprudencia.”.

REINA y MARTINELL, *Las uniones...*, ob. cit., pág. 95 indican que “no se puede condenar a los progenitores no casados a permanecer, durante todo el tiempo que dure aquel juicio, en la incertidumbre acerca de cuáles son los concretos derechos y obligaciones que tienen para con los hijos y para con el otro progenitor”.

⁶⁷ Algunos autores rechazan la viabilidad de las medidas del artículo 1428 de la LEC, señalando que no se adapta a las especialidades del proceso familiar. Así, PORRES ORTIZ DE URBINA, *Las uniones extramatrimoniales*, en *Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, pág. 446, HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales*, en *Consecuencias...*, ob. cit., pág. 555, y LÓPEZ-MUÑIZ, *Las uniones paramatrimoniales...*, ob. cit., pág. 319.

⁶⁸ BAYO DELGADO, «Problemas...», ob. cit., pág. 38, indica que la utilización del contenido del artículo 158 puede dotar de una regulación provisional al juicio de menor cuantía análoga al de los procesos matrimoniales, mas que el mismo juicio de menor cuantía no se puede asimilar a éstos., e HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales*, en *Consecuencias...*, ob. cit., pág. 556, señala que la última modificación del artículo 158 C.c. -realizada por la LO 1/1996 de 15 de enero- soslaya los problemas de inadmisión de medidas provisionales, siempre que se dé una interpretación amplia a dicho artículo, al menos en lo relativo a los descendientes, mas no lo concerniente a las relaciones entre convivientes.

provisionales de los procesos matrimoniales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 770.6.⁶⁹.

Como hemos señalado, lo más apropiado será que se establezca de acuerdo con la ley la competencia de los Juzgados de familia para conocer de la ruptura de toda situación familiar, sea matrimonial o no, estableciendo los mismos procedimientos para su tramitación, con las salvedades relativas a la relación matrimonial para los procesos no matrimoniales. Sin embargo, esta solución no parece próxima, dado que en las últimas disposiciones este tema se ha soslayado: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no hace referencia alguna a estas situaciones paramatrimoniales, pese a las indicaciones en este sentido contenidas en el informe del Consejo General del Poder Judicial⁷⁰, aunque se reguló el citado procedimiento para la determinación de las medidas de guarda y alimentos de los hijos menores.

⁶⁹ Este apartado fue introducido en la Ponencia del Senado por mayoría, adaptando el contenido de la enmienda del GS nº. 181, que solicitaba el reconocimiento expreso de la posibilidad de adoptar medidas provisionales en estos asuntos.

⁷⁰ Señala el informe que “resulta imprescindible que en los procedimientos recogidos en este Título se comprendan también las pretensiones relacionadas con la patria potestad, acogimiento, guarda, custodia, etc., de los hijos no matrimoniales, así como las consecuentes a las relaciones de las parejas de hecho, siempre que, en este último supuesto, así venga determinado por la regulación sustantiva”. Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, *La Reforma del Proceso Civil*; Madrid: 1998, pág. 287.

Capítulo IV. Medidas de contenido no patrimonial

Medidas relativas a los cónyuges o convivientes

1. Separación de los cónyuges y cese de la convivencia.

1.1 Separación provisional de hecho.

1.2. Separación previa a la presentación a la demanda, con autorización judicial

1.3. Separación coetánea a la demanda.

2. Medidas ante los malos tratos: alejamiento e interdicción de comunicación

Medidas relativas a los descendientes

La protección de menores

3. Custodia de los descendientes

3.1 Atribución de la guarda a uno de los progenitores

a) Atribución de la guarda en un proceso no matrimonial

b) Atribución de la guarda en un proceso matrimonial.

3.2 Atribución de la guarda a una tercera persona

4. Ejercicio de la patria potestad

- Privación del ejercicio de la patria potestad

5. Derecho de visitas

5.1. Derecho de visitas parental

5.2. Derecho de visita de terceros

6. Prohibición de salida del territorio nacional y de expedición de pasaporte

CAPÍTULO IV: MEDIDAS DE CONTENIDO NO PATRIMONIAL

Medidas relativas a los cónyuges

1. Separación de los cónyuges y cese de la convivencia.

Una de las obligaciones existentes entre los cónyuges es la convivencia; en el artículo 68 del Código se dispone que “los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente”, y en el mismo cuerpo legal se regulan las situaciones en las que esta obligación no será exigible.

Sin embargo, frente a dicho deber se opone el derecho a la libertad (*nemo ad factum praecise cogi potest*)¹; nadie puede ser obligado a convivir con determinada persona, incluso aunque la obligación de convivencia haya sido asumida voluntariamente en el matrimonio.

En el Código civil se regula el devenir de la obligación ante la controversia entre los cónyuges, incluyéndose la separación de éstos como efecto de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, así como una medida que se puede adoptar judicialmente de forma previa a la presentación de dicha demanda, o actuando por vía de hecho sin autorización judicial.

La medida de la separación es considerada por parte de la doctrina como la única medida estrictamente cautelar², junto a la de anotación preventiva de la demanda, de entre la relación de efectos y medidas provisionales adoptables en un proceso matrimonial.

¹ CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*; Jerez: 1989, pág. 141 y ss., aborda el efecto de esta regla en el sistema de relaciones patrimoniales. Entendemos que su influencia en las relaciones personales de los cónyuges es absoluta, pues no existe medio jurídico de obligar a las partes a cumplir la obligación.

² Así, RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Barcelona: 1974, pág. 134.

Esta posición doctrinal se apoya sin embargo en la concepción de la tutela cautelar como función conservativa o protectora de la situación existente, facilitando la posterior ejecución, teoría que entendemos superada, pues también es cautelar la tutela que no sólo conserva, sino que regula o incluso anticipa efectos obtenidos en sentencia³.

Como medida provisional, se distinguen por lo tanto tres formas de separación provisional.

1. 1. Separación provisional de hecho.

De acuerdo con el artículo 105 del Código civil, el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable no incumple su deber de convivencia si en los treinta días siguientes a su salida presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores, que entendemos son el 104, 103 y 102 C.c.

Dichos preceptos se refieren a la demanda de nulidad, separación y divorcio, pero también a la solicitud de medidas provisionales previas a la presentación de la demanda, por lo que el cónyuge que abandone la convivencia podrá presentar la demanda principal en el plazo de dos meses si al término del plazo de treinta días preceptuado en el artículo 105 presenta una solicitud de medidas previas.

En el artículo estudiado se hace referencia a una “causa razonable” para justificar la separación sin presentar demanda o solicitud de medidas previas, y entendemos que esta causa razonable puede ser la simple voluntad de cualquiera de los cónyuges de no convivir, pues entendemos que la finalidad de la regulación es posibilitar la salida urgente del cónyuge del domicilio conyugal.

El artículo 105 cumple una función de cláusula de cierre del sistema de obligaciones matrimoniales, permitiendo oponer la legitimidad de la separación ante la denuncia del otro cónyuge de abandono de familia,

³ Ver apartado correspondiente a la naturaleza de las medidas provisionales.

penado en el antiguo Código penal con arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pts.⁴.

En la actualidad, con la entrada en vigor del Código penal de 1995, el tipo de abandono de familia se circunscribe únicamente al abandono económico de la familia y de atención a los menores⁵, por lo que la argumentación del artículo 105 C.c. ya no cumple ninguna función a efectos penales.

Por lo tanto, y hasta que no se presente la demanda o se concedan las medidas previas, la medida preprocesal⁶ del artículo 105 C.c. tendrá la eficacia civil de la separación de hecho, y no la de la judicial, con los consiguientes efectos en la esfera sucesoria relativa a los derechos del cónyuge viudo⁷.

⁴ Podía incurrirse en estas penas si se abandonare maliciosamente el domicilio conyugal, que, según la jurisprudencia, se reputaba “cuando fuera permanente, carente de base, justificación, móvil, razón o pretexto, residiendo la causa exclusiva en el capricho o arbitraria o irrazonable decisión del cónyuge (Ss. 27-9 y 15-10-1991). MOYNA MÉNGUEZ, Comentario del artículo 487 del Código penal; Código penal, Cóllex, 1994, pág. 502 y ss.

⁵ El delito de abandono de familia no se basa tanto en el abandono físico como el económico: la separación de hecho de los cónyuges no tendrá consecuencias penales si el cónyuge que abandona el hogar sigue manteniendo económicamente a su familia y se sigue ocupando de la educación de sus hijos menores: el artículo 226 del Código penal se refiere a la dejación de los deberes legales de asistencia inherente a la patria potestad, o de sustento de sus ascendientes o cónyuge así como el 227 al incumplimiento de la resolución judicial en la que se señalen prestaciones económicas a favor del cónyuge o los descendientes.

⁶ ALONSO FURELOS, *Las medidas provisionales y procesos matrimoniales en el derecho español*; Córdoba: 1989, pág. 55.

⁷ El criterio general establecido en el art. 834 del Código civil en relación con el derecho sucesorio del cónyuge viudo es que el cónyuge separado no tiene derecho al usufructo de la parte correspondiente, salvo que no fuera culpable de la separación. Más concretamente, en el art. 835 se dispone que si los cónyuges estuvieren separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Dado que nuestro sistema de separación y divorcio no es culpabilista, se entiende que el cónyuge separado en virtud de demanda judicial no tendrá derecho a la legítima, mientras que el supérstite separado de hecho sí podrá tener este derecho si la culpa de la separación se atribuye al cónyuge fallecido. Señala HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación de hecho matrimonial*; Madrid: 1982, 271 págs. 175 y ss., que la referencia a la culpa en la separación no tiene razón de ser tras la reforma civilista de 1981, en la que se eliminó la declaración judicial de culpabilidad o inocencia en la separación, e indica que en la separación de hecho, exista culpa o no, el cónyuge habrá de seguir siendo legitimario, pudiéndose desheredar por las causas del art. 855 C.c. Por lo tanto, el separado en virtud de la medida prejudicial del artículo 105 C.c. sí podrá ser

Las diferencias entre la separación de hecho del 105 y la separación provisional conforme al artículo 102 del Código civil son mínimas, a diferencia de la separación decretada judicialmente por sentencia firme, cuyos efectos son numerosos⁸.

1. 2. Separación previa a la presentación a la demanda, con autorización judicial.

A diferencia de la separación consecuencia de la admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio, la separación de los cónyuges ordenada antes de la demanda es una medida, y no un efecto, porque no se produce automáticamente con la solicitud, sino que por el contrario el juez ha de pronunciarse sobre ella.

La medida previa se adopta tras la correspondiente solicitud de una de las partes, que únicamente habrá de demostrar la existencia de vínculo, señalando que se tiene intención de presentar la demanda de nulidad, separación y divorcio, como señala el artículo 104 del Código civil.

En cuanto a los efectos en el ámbito sucesorio, es cuestionable si la separación ex. art. 104 produce los efectos de impedir que los cónyuges separados no sean legitimarios, pues, por un lado, entendemos que la medida tiene carácter judicial, y que por lo tanto no podría entrarse a valorar cuál de ellos fue culpable de la separación, sin embargo, por otro, entendemos que la referencia en el artículo 835 a que “cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito” implica que si únicamente se ha presentado solicitud de medidas previas, y no demanda, el pleito se sobreseerá, equiparándose la separación previa a la de la separación de hecho.

legitimario, mientras que el separado en virtud de lo dispuesto en el artículo 104 ó 102 no tendrá en principio derecho al usufructo de la parte que corresponda.

⁸ Véase en este sentido HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La separación...*, ob. cit.

1. 3. Separación coetánea a la demanda, como efecto de la presentación de ésta.

Uno de los efectos de la admisión de la demanda es la suspensión del deber de convivencia conyugal, según lo prevenido en el artículo 102 del Código civil.

La medida es potestativa, pues permite que los cónyuges vivan separados sin vulnerar sus obligaciones conyugales, por lo que podrán seguir viviendo juntos.

La medida de separación ex. art. 102 ha sido clasificada entre los efectos producidos automáticamente, por ministerio de la ley, lo que supone que no es preciso solicitarla ni incluir un pronunciamiento específico en la decisión judicial, de forma que su eficacia se produce desde el momento de la admisión de la demanda.

2. Medidas ante los malos tratos: alejamiento e interdicción de comunicación

La violencia en el seno de la familia es un hecho al cual se viene atribuyendo creciente importancia en la sociedad occidental, dada la mayor sensibilidad en torno a la cuestión⁹.

Los datos sobre agresiones familiares permiten conocer un escaso número de supuestos, pues se considera que existe una altísima ocultación de los hechos¹⁰, que por otra parte varían cuantitativamente dependiendo de

⁹ En los últimos años no se ha incrementado el número de agresiones, pues según los datos policiales, las agresiones a mujeres, colectivo víctima por definición de las agresiones familiares, han disminuido en el quinquenio 1991-1996, si bien el número de muertes ha venido incrementándose. La Fiscalía de Ciudad Real se refiere a una cifra negra de criminalidad muy elevada. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 310.

¹⁰ Se considera que las denuncias recibidas por el Cuerpo Nacional de Policía, unas 16.000 en 1995, sólo son “la punta del iceberg”, siendo probablemente sólo el 5 ó 10% del total de los casos, dada la ocultación de agresiones que se produce en este ámbito, y así, MARTÍN BARROSO y LABORDA RODRÍGUEZ, «Malos tratos a la mujer», en *Ciencia Policial*, nº. 39, 1997, pág. 193, entienden probable la cifra total de 215.000 casos si las denuncias son el 7'5% del total de los casos. Dicha ocultación es debida, entre otros factores, a la dependencia económica habitual de la mujer, víctima habitual, y la ignorancia de ésta respecto a la protección jurídica de la que puede ser objeto, que se

la zona geográfica¹¹, y se observa un aumento de las denuncias de agresiones psicológicas¹², que son aproximadamente dos de cada seis denuncias presentadas¹³, y un aumento del total de diligencias iniciadas en 1998, posiblemente a causa del éxito de las campañas de información tententes a acabar con este fenómeno criminal¹⁴.

La violencia familiar, consistente en agresiones físicas o psicológicas a la pareja¹⁵ o a los descendientes, es un asunto que se intenta evitar, o al

intente reanudar la convivencia de la pareja y la ausencia general de denuncias de terceros, como se indica por la Fiscalía de Segovia, Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 307, por TARDÓN OLMOS, *Búsqueda de un nuevo marco jurídico en el tratamiento de la violencia sobre la mujer*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial*; LO 14/1999: *Protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: 1999, pág. 109, y también en la Resolución del Parlamento Europeo sobre protección a la familia y el niño, DOCE, 1999, C.128 de 7-5-1999, "El Parlamento Europeo constata, lamentablemente, que los malos tratos se infligen frecuentemente en marcos familiares frágiles, y pide a los Estados miembros que pongan en marcha campañas de información y sensibilización de la opinión pública sobre todos los problemas que afectan a los niños, con objeto de romper "la ley de silencio" que rodea demasiado a menudo estos escandalosos fenómenos".

¹¹ La proporción de denuncias por agresiones por mil mujeres varía en cada provincia: en Ceuta y Melilla fue en 1995 de 7'1, de 3,6 en Canarias, 2,7 en Madrid, 2,3 en Andalucía y Baleares, y de 1,6 Murcia y Cataluña, mientras que en el resto de las Comunidades la proporción tiende al uno por mil. MARTÍN BARROSO y LABORDA RODRÍGUEZ, *Malos tratos...*, ob. cit., pág. 195. Entre las comunidades, las de Baleares, Galicia y Murcia en las que se observa una mayor incidencia de la agresión física sobre la psicológica. *Ibidem*, pág. 199 y 200.

¹² De acuerdo con datos facilitados por la policía, en el quinquenio de 1991 a 1996 las denuncias sobre malos tratos conyugales psíquicos han aumentado, mientras que los físicos y psíquicos y físicos han disminuido. Boletín estadístico de datos básicos del segundo trimestre de 1996, editado por el Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, 1996, págs. 105 a 108.

¹³ MARTÍN BARROSO y LABORDA RODRÍGUEZ, *Malos tratos...*, ob. cit., pág. 199.

¹⁴ Así es indicado en la Memoria de la Fiscalía de 1999 y en el Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres, presentado en noviembre de 1998 en la Comisión mixta del Congreso y Senado (<http://www.defensordelpueblo.es>). Concretamente, en Madrid, el aumento de diligencias previas respecto al año anterior fue de un 67%, en Navarra de más de un 100%. Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1999, pág. 326.

¹⁵ La Plataforma de acción creada al término de la Conferencia de Pekín, enfocada a la defensa de la mujer, define la violencia hacia las mujeres como "todo acto de violencia fundada sobre el sexo que provoque, o pueda provocar, daño o dolor físico, sexual o psicológico a la mujer". GARCÍA MUÑOZ, *La violencia hacia las mujeres*; Luxemburgo: 1998, pág. 7.

menos mitigar sus efectos, por medio de diversas iniciativas políticas¹⁶. Concretamente, las medidas a adoptar pueden ser, según el grado de incidencia en el sujeto agresor, medidas educativas, de prevención general y especial¹⁷, medidas policiales¹⁸ y medidas judiciales¹⁹.

Entre las iniciativas más relevantes se encuentra la introducción de instrumentos como la puesta en marcha de los servicios de violencia doméstica por la Fiscalía General del Estado a través de la circular nº. 1/1998 de 24 de octubre, sobre “Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar”²⁰, y

¹⁶ Las organizaciones internacionales y Europeas tales como la ONU, el Consejo de Europa, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo han tenido iniciativas, que han proliferado en los últimos años, tendentes a evitar la violencia contra las mujeres, y concretamente la violencia contra éstas en el hogar; así, el comité de ministros del Consejo de Europa abordó la cuestión en una Recomendación de 1985, donde se solicitaba la adopción de medidas legislativas tendentes a la prevención y represión de la violencia en el hogar, y la Resolución del Parlamento Europeo DO C 115 de 14 .4.1997 sobre la violación de los derechos de la mujer invita a los Estados miembros a que introduzcan, independientemente del Código penal, legislación específica con vistas a proteger a las víctimas de violencia basada en el sexo. GARCÍA MUÑOZ, *La violencia...*, ob. cit., pág. 10.

¹⁷ Entre las medidas menos incidentes, se encuentran la de difusión de información sobre los derechos de la mujer o el apoyo a las víctimas de la violencia (casas de acogida).

¹⁸ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 se destaca la insuficiencia de las medidas policiales, judiciales o de endurecimiento de las sanciones penales aun reconociendo el efecto de prevención general que puedan tener, y que se requieren medidas sobre todo educativas, como campañas de autoafirmación y convencimiento de los derechos de las víctimas, tanto reales como potenciales, y el asesoramiento a las víctimas. Memoria de la Fiscalía General del Estado; Madrid: 1998, pág. XVII.

Entre las medidas que puedan dispensar los cuerpos de seguridad se encuentra la de la correcta tramitación de las denuncias recibidas, tomándose la denuncia de forma adecuada, como apunta VALIENTE FERNÁNDEZ, «Políticas contra la violencia contra la mujer en España», en *Ciencia Policial*, nº. 35, 1996, pág. 38, así como la protección de ataques a las potenciales víctimas

¹⁹ Señala la Fiscalía de Tarragona, cuando se producen malos tratos, ha de tenerse en cuenta si se encuentran relacionados con actuaciones de la víctima en un proceso matrimonial, ya que en ese caso podríamos estar ante un delito contra la Administración de Justicia previsto en el artículo 464 CP. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 325.

²⁰ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 se señalaba que seguía vigente la instrucción nº. 3/1988 sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales, en la que se indica que el Ministerio Fiscal debe “reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con

sobre todo, la reforma de la legislación penal por medio de la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de enjuiciamiento criminal, que incluye la violencia psíquica como elemento alternativo del tipo del artículo 153 CP, el concepto naturalístico de la habitualidad, que no exige previa condena por sentencia firme, y las medidas cautelares para la fase de instrucción, que posibilitan el alejamiento del agresor, cuestiones recogidas previamente en la citada circular²¹.

Entendemos, sin embargo, que estas medidas no son suficientes, pues la vía penal no es la más apropiada para solucionar este tipo de fenómenos, por su diferente finalidad y por la especialidad de las relaciones familiares, en las que la intrusión de la tutela penal puede tener consecuencias negativas²².

En este sentido se observa que el fenómeno de la violencia doméstica se encuentra íntimamente ligado a una situación de crisis familiar, pues la

su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos”, y hacer una estadística anual sobre los procesos de delitos y faltas sobre este punto. Instrucción nº. 3/1988, incluida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989.

²¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1999, pág. 308.

En la Comunidad de Madrid se ha introducido otro instrumento contra los malos tratos, al establecerse una especialidad en el turno de oficio para defender a las víctimas de éstos. Véase «Nueva especialidad en TO para la defensa de los asuntos derivados de la violencia doméstica»; *Otrosí*, nº. 14, abril 2000, pág. 56.

²² TARDÓN OLMOS, *Búsqueda de un nuevo marco...*, ob. cit., pág. 117 y ss. se refiere a la complejidad del fenómeno de la violencia doméstica contra las mujeres, y apunta que no corresponde a la justicia penal resolverla, pues su función es sancionar comportamientos concretos, sin que pueda solucionar las crisis graves de convivencia familiar.

Además, ha de tenerse en cuenta la especialidad de las agresiones domésticas, y las consecuencias de la adopción de medidas penales restrictivas de la libertad para atajarlas, y en este sentido, en el texto de presentación del proyecto italiano 2675/S sobre medidas contra la violencia en las relaciones familiares, en las que se incluía la medida de alejamiento, se señalaba que la privación de libertad del cónyuge o conviviente era temida por la víctima sobre todo cuando el autor de los malos tratos proporcionaba los únicos ingresos de la familia. Texto de presentación en el Senado del disegno di legge 2675, obtenido en www.Senato.it.

ruptura de la pareja que la sustenta suscita distensiones que pueden derivar en concretas agresiones físicas y psicológicas²³.

Por todo ello, estimamos conveniente el empleo de medios de prevención y protección en el proceso de familia, evitándose la vía penal, siendo el órgano competente para conocer del proceso de familia el que dictara las medidas adecuadas. En este sentido, en el Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia doméstica se propugnaba la adopción por el Juez civil de medidas de protección cuando existiera constancia de malos tratos.

²³ El Informe del Defensor del Pueblo sobre “La violencia doméstica contra las mujeres” presentado en la Comisión mixta en noviembre de 1998 destacaba que el 98% de las víctimas muertas entre los años 1995 y 1998 habían presentado denuncia y estaban separadas o en trance de separación del agresor. LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, *Los procesos de ruptura familiar por malos tratos*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial*; LO 14/1999: *Protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: 1999, pág. 123, se refiere a las cifras proporcionadas por la Asociación de Mujeres separadas y divorciadas, que indican que el 90% de las mujeres asesinadas por sus maridos en 1997 y 1998 se encontraban tramitando la separación o estaban ya legalmente separadas o divorciadas.

En el estudio realizado por la Fiscalía de Salamanca, se señala que el tipo de agresión familiar del marido y conviviente hacia sus mujeres se produce sobre todo en los momentos previos y simultáneos a la separación o ruptura, al igual que el estudio de la Fiscalía de Lugo, que observa que, en la actualidad, la situación económica no se encuentra tan relacionada con las agresiones como la ruptura de la convivencia, verdadero móvil de multitud de maltratos físicos y psicológicos. Han sido descritas como causa de las agresiones la situación de pobreza de la familia, el paro del cabeza de familia, trastornos psicológicos tales como la vivencia anterior como víctima de agresiones del agresor, o la celotipia alcohólica, que puede tener manifestaciones graves o paranoicas, o la psicopatología. Tanto la Fiscalía de Salamanca como la de Segovia distinguen dos clases de agresiones en el seno familiar; una, la de los maridos o convivientes a las mujeres, y otra, la de los padres a los niños pequeños, incluidos los padrastros o nuevos compañeros de las madres, formas de violencia que han de ser tratadas de forma diferente. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 306 y ss. Coincidimos con lo señalado por la Fiscalía de Tenerife de que la agresividad familiar relacionada con la crisis de la ruptura surge no porque las medidas judiciales sean equivocadas o insuficientes, sino porque el hombre las vive como injustas y perjudiciales para él. Ha de tenerse en cuenta la realidad de la imposición generalizada del criterio estándar, añadido al raquítico régimen de visitas concedido a los padres, puede degenerar en la crisis violenta de éste, tal como señala la Fiscalía. *Ibidem*, pág. 327 y ss.

PARDO DE ANDRADE, *La violencia doméstica y el Juzgado de familia*, en *La violencia sobre la mujer...*, ob. cit., pág. 132, apunta que “el proceso judicial agudiza más que alivia los conflictos familiares”, y LÓPEZ-ARIAS TESTA, *Malos tratos en la situación familiar*, en *La violencia sobre la mujer...*, ob. cit., pág. 135 indica que en los Juzgados de Familia se observan dos situaciones distintas respecto a los malos tratos, pues en algunos casos es la violencia la que produce la ruptura familiar y en otras ocasiones es la ruptura familiar la que provoca la violencia.

Entendemos que se puede considerar competente al juez civil para dictar medidas de alejamiento por la vía de las medidas cautelares innominadas, ya sean ex. art. 1428 de la ley de 1881 o, sobre todo, de acuerdo con el art. 727.11º de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en el que se dispone que se pueden adoptar “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”, con lo que cabría entender que es posible adoptar medidas provisionales tendentes a evitar agresiones en la familia asociadas a un proceso de crisis familiar²⁴.

Como obstáculo para ello se podría argumentar la falta de competencia del juez civil para dictar medidas de carácter penal, puesto que en la actualidad las medidas cautelares de alejamiento e interdicción de comunicación se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento criminal y el Código Penal, y no existe una atribución expresa de competencia al juez civil para dictar estas medidas, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos²⁵, por lo que se podría entender que no es competente²⁶.

Es cuestionable por lo tanto hasta qué punto el juez civil puede dictar medidas que restrinjan la libertad de un individuo, pues tradicionalmente se

²⁴ Con anterioridad a la aprobación de esta ley, se estaban solicitando y siendo otorgadas medidas cautelares de alejamiento, con apoyo jurídico en el artículo 57 del Código penal y la normativa civil –imaginamos el artículo 1428 LEC-, como argumenta la Fiscalía de Lleida o bien en lo recogido en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que establece que entre las primeras diligencias se encuentra la de dar protección a los perjudicados, tal como señalan la Fiscalía de Málaga y la de Tarragona. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 324 y ss.

²⁵ En el proyecto de ley nº. 5979/C italiano, en sede legislativa, tras la conclusión del examen por la comisión el 29 de febrero de 2000 y la modificación del texto, otorga competencia al juez civil para dictar medidas de alejamiento, y en el sistema inglés el órgano competente para conocer del proceso de familia puede dictar una non-molestation order, de acuerdo con lo indicado en el artículo 42 de la Family Law act de 1996.

²⁶ PARDO DE ANDRADE, *La violencia doméstica...*, ob. cit., pág. 133 considera que el juez de familia no puede dictar medidas de alejamiento porque el juez civil no tiene competencia para adoptar una medida que sólo venga prevista en el Código penal.

ha asociado la restricción de derechos fundamentales al proceso a la tutela penal. Sin embargo, la exclusión de otros órdenes jurisdiccionales carece de respaldo constitucional, de modo que el juez civil puede asumir la competencia para restringir la libertad de las personas (como sucede en el internamiento de los incapaces o el arresto del quebrado) siempre que para ello cumpla las garantías exigidas en la ley²⁷, si bien sería conveniente que existiera una norma que regulara los presupuestos para la adopción de estas medidas²⁸, y en este sentido en el Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia doméstica de 1998 se recomendaba que se modificaran los artículos 103 y 104 del Código civil con el fin de que el Juez del proceso matrimonial pudiera adoptar las medidas protectoras de la víctima. Esta concreción podría hacerse incluso de forma más precisa que respecto de la protección penal, tal como se hace en el proyecto de ley italiano n°. 5979/C²⁹.

²⁷ GUZMÁN y CASTILLEJO *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*; Madrid: 2000, pág. 81, entienden que estas medidas provisionales restrictivas de derechos fundamentales, si bien no están previstas, son razonables, y no existe ninguna norma que obligue a que la restricción de los derechos fundamentales deba ser ordenada por el juez penal.

²⁸ Las enmiendas al artículo 773 bis en el Congreso y n°. 183 en el Senado al proyecto de LEC, presentadas por el Grupo Socialista, incluían entre las susceptibles de adoptarse por el juez civil, las medidas de alejamiento e interdicción de las comunicaciones, solicitándose su aprobación como Ley Orgánica, pues de acuerdo con el mandato constitucional del artículo 81 habrán de serlo aquellas relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y el artículo 17 y 19 consagran la libertad deambulatoria y de residencia.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*; Madrid: 1990, pág. 77, indica que en relación con las actividades coactivas del estado respecto a los administrados, ha de hablarse del principio “*nulla coactio sine lege*”, ya que la “ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

²⁹ El proyecto de ley italiano n°. 5979/C sobre medidas contra la violencia en las relaciones familiares incluye la posibilidad de adoptar una medida cautelar y provisional de alejamiento, una especie de binomio civil y penal. Las medidas penales incluyen la de alejamiento de la casa familiar, de lugares determinados como lugar de trabajo o domicilio de la familia y el pago periódico de cantidades, mientras que las civiles comprenderían además la de cesación de la conducta perjudicial, la de intervención de los servicios sociales del territorio o de un centro de mediación familiar. La diferencia principal entre la medida civil y penal estribaría en que la primera sería una orden de alejamiento y la segunda una medida cautelar, y que mientras que los presupuestos para

Las medidas de alejamiento representan claramente una injerencia en la libertad de la persona, mas, ante la posibilidad de colisión con otros derechos fundamentales de la víctima, como el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15, o a la libertad y a la seguridad del 17, puede ser limitada. Por lo tanto, amparándose en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, y los derechos de los artículos 15 y 17, entendemos que el cónyuge o conviviente puede solicitar, ante las agresiones infligidas, medidas de alejamiento al juez civil, aunque como indicábamos, deberían establecerse concretamente los presupuestos para la adopción de las medidas.

Las medidas susceptibles de acordarse judicialmente pueden variar de la simple admonición al cónyuge supuestamente agresivo a otras más drásticas como la orden de alejamiento, o la interdicción de las comunicaciones.

Entre las medidas cautelares introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se encuentra la de alejamiento, muy común en el derecho comparado³⁰, y que

su adopción en sede penal quedarían indeterminados (se alude al caso de necesidad o urgencia en el art. 1)), en civil se predeterminan (cuando la conducta del cónyuge o del conviviente produzca un grave perjuicio para la integridad psicofísica o para la libertad del otro, en el artículo 2); otra diferencia sería la adopción en sede penal a instancia del Ministerio fiscal, y en civil a instancia de parte, y que la medida penal no se encuentra limitada ab initio, a diferencia de la civil, que podrá tener una duración máxima de seis meses prorrogables. La medida de alejamiento italiana no es una medida provisional circunscrita al proceso matrimonial, sino que tiene una naturaleza autónoma, con la especialidad de que de solicitarse estando pendiente un proceso matrimonial, su evacuación corresponderá al Tribunal que conociera de éste, adoptándose en ese caso por medio de las medidas provisionales (art. 8.1 del proyecto). Véase el texto de presentación en el Senado del proyecto de ley 2675, obtenido en www.Senato.it, y disegno di legge n. 5979/C sobre "Misura contro la violenza nelle relazioni familiari", que lo ha absorbido.

³⁰ Así, el proyecto de ley 5979/C Italiano recoge la medida de alejamiento, que consistiría en la orden de abandonar inmediatamente el domicilio familiar o de no volver a éste, sin poder hacerlo sin autorización judicial, que podrá determinar las visitas; junto con esta orden podrá prohibir el acercamiento a determinados lugares como el de trabajo de la pareja o familiares. También será posible la obtención de un pronunciamiento sobre un pago periódico a la pareja a favor de los hijos menores convivientes o mayores no autosuficientes, de duración aparejada a la de la medida principal de alejamiento. Art. 3

puede consistir en una prohibición de residencia en determinado barrio, municipio, provincia, entidad local o Comunidad Autónoma, o de acercamiento a determinado lugar o persona, y la de interdicción de comunicarse con determinada persona.

Entendemos que la medida civil que habría de ser introducida en nuestro ordenamiento debe tener como presupuesto no ya la investigación de un delito³¹ o la incoación de diligencias previas³², sino concretamente la agresividad probada y peligrosa del sujeto y la existencia de riesgo de

disegno di legge 5979/S., y entre las enmiendas al proyecto de Ley de enjuiciamiento civil de noviembre de 1998 presentadas por el grupo socialista también se incluye ésta.

La Family law act de 1996 de Gran Bretaña (<http://hmsso.gov.uk>) recogió como medidas contra la violencia la de otorgamiento del uso de la vivienda familiar a la víctima, así como las “non-molestation orders”, con forma procesal de “injunction”, cuyo contenido sería la prohibición de molestar (agredir o abusar sexualmente, físicamente o psicológicamente) a la persona asociada con el demandado o a un niño (es de resaltar que la protección otorgada por la Family law act de 1996 es mucho más amplia que la de la regulación anterior, que sólo protegía a la familia matrimonial. BEAN, *Injunctions*; London (G.B.): 1996, pág. 177). La medida restrictiva puede ser expresada genéricamente o concretarse en particulares actuaciones prohibidas (42.6), y su vigencia se circunscribirá a un período de tiempo predeterminado o dependerá de una orden posterior (42.7). En caso de haberse adoptado la medida en el ámbito de un proceso de familia, cesará de tener efecto si la pretensión es retirada o desestimada (42.8). Tanto la medida de ocupación de la vivienda como de *non-molestation* pueden ser adoptadas sin haber oído al demandado en los casos en los que la Corte lo considere conveniente, y en caso de violarse las medidas dispuestas puede adoptarse la de detención del agresor (puede adjuntarse a la medida de *non-molestation* un “poder de arresto”, que permitiría el arresto del demandado).

En el sistema judicial americano se ha impuesto la utilización de “orders of protection” bajo la forma de “injunctions” (medidas provisionales o cautelares) como la herramienta más importante para prevenir y perseguir la violencia doméstica. Algunos estatutos de cada estado están dirigidos expresamente a la protección de esposas maltratadas, pero en otros se ha extendido la protección a víctimas no casadas y a maridos maltratados. Así, por ejemplo, el estatuto de Alaska 25.35.010 (1983) ofrece como medidas adoptables ante la violencia doméstica la de prohibición del ejercicio de la violencia, salida del domicilio del peticionario, prohibición de establecer comunicaciones directas o indirectas con éste, prohibición de entrar en un vehículo en posesión u ocupado por el peticionario, así como pago de pensiones con base en alimentos u otras relaciones materiales entre los contendientes. Estas medidas tienen una duración máxima de 90 días, prorrogables bajo petición. KRAUSE, *Family law in a nutshell*; Saint Paul (Minnesota, EE.UU.): 1995, 3º. ed., págs. 145 a 147.

³¹ En el artículo 544 bis se indica que las medidas se adoptarán en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código penal.

³² En el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, tras la reforma operada por la ley orgánica 14/1999 se recogen las distintas primeras diligencias que se pueden realizar,

agresión, aparejándose a la medida de alejamiento la de determinación de la continuación en el uso del hogar familiar.

En cuanto a la eficacia de las medidas de alejamiento, consideramos que son modificables en todo momento si existe algún cambio de las circunstancias tenidas en cuenta, tal como ocurre con toda medida cautelar, y que dada su instrumentalidad, decaerán una vez finalizado el proceso principal, no siendo posible que perduren una vez firme la sentencia que, por su parte, no puede contener pronunciamiento limitativo de la libertad, pues ello consistiría en una pena que en todo caso corresponde imponer a la jurisdicción penal³³.

La contravención de estas medidas, derivaría en el ilícito de desobediencia, penado legalmente, además de en las consecuencias establecidas expresamente en el artículo 544 bis de la LECrim., es decir, el posible establecimiento de medidas cautelares que impliquen mayor limitación de la libertad personal³⁴, que nunca se deben adoptar sin el previo incumplimiento, pues lo contrario sería completamente desproporcionado³⁵.

y entre ellas se encuentra la de protección a perjudicados u ofendidos, familiares y otras personas por medio de la vía de las medidas cautelares del artículo 544 bis.

³³ Por el contrario, las medidas introducidas por el proyecto 5979/C Italiano se limitan a una duración de seis meses, ampliables por otros tres más (art. 3.2).

³⁴ En el disegno di legge 5979/C (art. 6) italiano se determina una medida penal ante el incumplimiento de la medida civil, la contenida en el artículo 388 del Codice penale.

³⁵ TIRADO ESTRADA, «Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal»; *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia* nº. 1820, pág. 940, hace referencia a las medidas recogidas en la proposición de ley orgánica reguladora de la tutela cautelar penal, presentada por el grupo parlamentario vasco EAJ-PNV, en la que se recogían medidas que iban desde la presentación y notificación de paradero o fianza a la prisión provisional, pasando por otras medidas tales como la prohibición de residencia o de acudir a determinados lugares, y comunicación con determinadas personas, entre otras, y señala que es preciso evitar la demonización del agresor familiar, rechazando su actuación de una forma más efusiva que la de otros transgresores penales.

Medidas relativas a los descendientes

La protección de menores

La protección del menor es uno de los fundamentos del orden social³⁶, y por lo tanto del proceso³⁷, lo que supone que los elementos del proceso afectados en la búsqueda del interés del menor se regirán por el principio inquisitivo, en vez del dispositivo, como hemos indicado anteriormente, lo que no ocurre respecto de los hijos mayores de edad, pues su interés no está especialmente protegido legalmente.

Fuera de la regulación concreta de medidas provisionales, en las que el principio del beneficio del menor es patente, en el artículo 158 del Código civil se establece de forma genérica la facultad del juez de adoptar cualquier medida de protección del menor tras la reforma de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, a instancia del menor, de familiares o del Ministerio Fiscal, e incluso de oficio³⁸.

En cuanto al contenido de las medidas, en el artículo 158 sólo se hace referencia a su finalidad, por la que se distinguen tres grupos de medidas: un primer grupo de medidas, que tendrían como fin asegurar la situación económica del menor dependiendo de los padres; el segundo,

³⁶ En el artículo 39 de la Constitución Española, incluido en el capítulo correspondiente a los principios rectores de la política social y económica, se recoge la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia, y, en concreto, se asegura en el apartado segundo la protección integral de los hijos, ya sean menores o mayores de edad, iguales ante la ley independientemente de su filiación, gozando, de acuerdo con el apartado cuarto, de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

³⁷ BONET NAVARRO, Prólogo a *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*; HERRERO PEREZAGUA, Barcelona: 1997, pág. 14, señala que el instrumento de la paz social, el proceso jurisdiccional, dentro del cual se incardinan las medidas cautelares, debe ordenarse bajo estos fundamentos, alcanzando éstos al derecho material y procesal, y HERRERO PEREZAGUA, *Tutela cautelar...*, ob. cit., pág. 26, apunta que es posible adoptar medidas de protección de menores de carácter judicial o jurisdiccional en el ámbito de diversos procesos

³⁸ Señala DÍEZ PICAZO, *Familia y derecho*; Madrid: 1984, pág. 184, que en lo relacionado con las personas que pueden instar la intervención, la legitimación es amplísima, que “no llega a la categoría de una acción popular pero casi, si se tiene en cuenta que no se mide (cualquier pariente) el grado de parentesco”.

evitar perturbaciones en los cambios de guarda, y un tercero, con una finalidad más genérica, evitar perjuicios o peligros al menor.

La falta de determinación concreta del contenido de las medidas, fuera de su finalidad, sumado a que se conceda un amplio margen en cuanto al proceso en el que se otorguen ha supuesto que se califique al artículo 158 C.c. como “fuente innominada de medidas cautelares”³⁹.

Ha de hacerse notar que en principio las medidas ex. art. 158 no son cautelares⁴⁰, salvo que se adopten con este específico carácter, esto es, a la espera de una resolución principal y con la finalidad de asegurar la ejecución y la protección de la situación existente en el lapso de tiempo de espera de dicha resolución principal, reconociendo la relación de instrumentalidad.

En la DA primera de la ley 1/1996, de 15 de enero, se establece que para adoptar las medidas del artículo 158 habrán de seguirse los trámites de la jurisdicción voluntaria. De esta forma, para la aplicación del contenido del artículo 158 en forma de tutela provisional habría de acudirse a las normas de la jurisdicción voluntaria que regulen el procedimiento de medidas cautelares, que serían en principio las de los artículos 1910 y siguientes de la LEC, dentro de la sección rubricada “medidas provisionales en relación con los hijos de familia”. Sin embargo, el ámbito de aplicación

³⁹ En la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, se hace referencia al artículo 158 del Código civil como “una fuente innominada de medidas cautelares para el menor, adoptables en cualquier jurisdicción”. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1999, pág. 451.

⁴⁰ No parece que estas medidas sean cautelares, dado que si bien se adoptan en un proceso, como casi todas las medidas, no tienen naturaleza provisional, ni temporal, puesto que su vigencia no está limitada en el futuro por la eficacia de unas medidas principales. Ellas mismas son las medidas principales, destinadas a durar indefinidamente, mientras las circunstancias sigan siendo las mismas. GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria: doctrina y formularios*; Pamplona: 1996, pág. 656, considera que no son cautelares por no tener carácter instrumental, y que sí tienen una finalidad aseguratoria.

En todo caso, estas medidas estarían sometidas igualmente a la cláusula *rebus sic stantibus*, tal como señalaba CALAMANDREI en lo relacionado con las medidas cautelares, por dictarse sobre situaciones cambiantes, con lo que una modificación de las circunstancias tenidas en cuenta propiciaría un cambio de la medida.

de estos preceptos es mucho más reducido que el del artículo 158 C.c., pues van encaminados a la protección de los menores maltratados por sus padres o que vivan en un ambiente de corrupción, mientras que las medidas del artículo 158 C.c. tenderían a proteger a los menores no sólo en estos casos límites, sino también en aquellos otros en los que se encuentren en desamparo económico por incumplimiento de sus progenitores, o en los que sufran las consecuencias psicológicas de un cambio en la guarda de que sus padres son titulares o, en general, sufran o puedan sufrir algún perjuicio.

Por ello consideramos que para adoptar medidas diversas a las provisionales, o con un contenido análogo a éstas pero en procesos distintos al matrimonial o al de menores de la nueva LEC, la vía procesal adecuada será la de las medidas cautelares innominadas del artículo 1428 de la LEC vigente, o del artículo 727.11º de la nueva LEC, de no existir una regulación más concreta para la medida de que se trate.

3. Custodia de los descendientes

3. 1. Atribución de la guarda a uno de los progenitores

En el Código civil se regula la guarda del menor, dependiente de sus padres o tutores hasta su mayoría de edad o emancipación, cuestión que supone el elemento básico de controversia en las crisis familiares.

La guarda del menor por el progenitor es una de las manifestaciones de la patria potestad, que consiste, de acuerdo con el artículo 154 del Código civil en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

En el caso de vivir separados, la guarda sólo se puede otorgar a uno de ellos, a diferencia del derecho-deber de patria potestad, por lo que surge el denominado “*ius visitandi*”, que “no implica sino un paliativo de la falta de presencia en la vida cotidiana de un menor de cualquiera de sus progenitores,

que constituye un factor de decisiva importancia en el desarrollo y formación, en todos los órdenes, del referido sujeto infantil”⁴¹.

De acuerdo con nuestro ordenamiento, la atribución de la guarda corresponde a los dos progenitores, sin embargo, cuando los padres no conviven, el ejercicio conjunto de la patria potestad, que, al menos nominalmente, puede ser compartido⁴² se hace imposible respecto a la guarda. Fuera de los casos de autocomposición de los progenitores, la atribución habrá de hacerse por el juez, bien en el marco de un proceso matrimonial, bien en el de un proceso declarativo de cuantía indeterminada, de ruptura de la unión de hecho, o de determinación de la cuestión de forma individualizada, sin manifestación sobre el vínculo matrimonial de los cónyuges separados de hecho.

a) Atribución de la guarda en un proceso matrimonial.

Existen dos conjuntos normativos en el Código civil que contienen una regulación de las cuestiones relativas a la patria potestad; un sistema general, regulado en los artículos 154 a 180, englobados en el Título “de las relaciones paterno-filiales”, y otro grupo específico, en los artículos 90 a 106, relativos a los efectos definitivos y provisionales de la separación, nulidad y divorcio.

La medida de la atribución provisional de la guarda de los menores del artículo 103.1º., análoga a la medida definitiva del artículo 91 C.c. de determinación de la guarda es una medida de las que consideramos de *ius*

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de marzo de 1998 (AC 1998/5166).

⁴² La custodia conjunta, reclamada por ciertos sectores de la sociedad, es un instrumento desconocido en nuestro ordenamiento, así como en el italiano. SEIJAS QUINTANA, “Consecuencias de la separación y el divorcio»; *Actualidad civil* n.º. 29, 14-20 julio 1997, pág. 648. También lo apunta ZANÓN MASDEU, *Guarda y custodia de los hijos*; Barcelona: 1996, pág. 35 y 36, y BOLAÑOS CARTUJO, *El proceso contencioso de separación y/o divorcio: una visión psicosocial*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 138, indica que la custodia compartida física es una práctica habitual en USA y Francia, pero que produce cierta dificultad práctica, pues “parece que cambios constantes generan ansiedad y precisan continuas adaptaciones de los niños”.

cogens, es decir, sobre la que el tribunal habrá de manifestarse lo hayan solicitado o no las partes⁴³, e incluso si existe acuerdo sobre este punto entre ellas, el Juez determinará con cuál quedarán los sujetos a la patria potestad de ambos, pues en todo caso la medida deberá ser adoptada en interés del menor⁴⁴.

En el Código civil y en la ley del menor se hacen referencia a la necesidad de audiencia del menor cuando se debatan cuestiones importantes para él: en el artículo 92 C.c., relativo a las medidas definitivas sobre la patria potestad, se dispone que la audiencia será preceptiva siempre que el menor sea mayor de 12 años, o que tenga suficiente juicio, al igual que se ordena en el 159, y en general, en el artículo 9 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se reconoce el derecho de cualquier menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En cuanto a la regulación procesal relativa a las medidas definitivas, sólo se hace referencia a la audiencia del menor en la nueva LEC en el ámbito

⁴³ De acuerdo con el artículo 91 C.c. el Juez determinará en la sentencia las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas en relación con los hijos..., y, en cuanto a su determinación de forma provisional, el artículo 103 indica que el juez “adoptará” la medida de determinación de con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad.

⁴⁴ En el mismo sentido, ZANÓN MASDEU, *Guarda...*, ob. cit., pág. 42.

La vinculación de la decisión del Juez a los acuerdos de los progenitores relativos a la determinación de la guarda del menor es inexistente: en el artículo 90 del C.c. se establece que el Convenio regulador incluirá la determinación de la persona titular de la guarda, acuerdo que será aprobado salvo que fuera dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, regulación extensible a los procesos contenciosos en los que hubiera acuerdo entre las partes en relación con esta medida. Dada esta construcción, es posible que el Juez no apruebe un acuerdo de los padres relativo a la guarda si el menor se manifiesta en su contra, o incluso si el Juez considera que no es conveniente para los intereses de éste, lo cual puede suponer una intromisión en la intimidad familiar que consideramos desmedida, si bien basada genéricamente en el interés del menor. Sería deseable en este punto la modificación de la norma, recogiendo una solución como la del código civil alemán, en el que se dispone en el artículo 1671 III. 2 (BGB) que el Juez se encuentra vinculado por el acuerdo de los padres, salvo que el hijo mayor de catorce años se oponga a ello.

del procedimiento de mutuo acuerdo (art. 777.5º.) y en la regulación del proceso matrimonial contencioso, concretamente en el artículo 770.4º.

Por el contrario, en la normativa de medidas provisionales vigente no se recoge dicho trámite en la LEC vigente ni en la nueva LEC, pues se en el artículo 771 se preceptúa que a la comparecencia deberán acudir los cónyuges y, si hubiese hijos menores, el Ministerio Fiscal.

Entendemos que posiblemente es más adecuado limitar la audiencia al menor a las situaciones imprescindibles, con el fin de evitarle perjuicio psicológico⁴⁵, por lo que se podría justificar la falta de audiencia al menor de doce años en el procedimiento de medidas provisionales, pues el Ministerio Fiscal representaría en dicha audiencia el interés del menor, si bien el Juez podría ordenarla de entenderla necesaria, mientras que el mayor de 12 años debería ser escuchado en todo caso.

b) Atribución de la guarda en un proceso no matrimonial

En el artículo 159 del Código civil se establece que cuando los padres vivieren separados, el juez decidirá, en beneficio de los hijos, con qué progenitor vivirán⁴⁶, y en el art. 158 que se podrán adoptar de oficio o a instancia de parte las medidas tendentes a evitar al menor perjuicios (art.

⁴⁵ La limitación de la audiencia al menor de doce años puede justificarse en los procedimientos en los que se deba decidir la guarda de éste en la evitación de un perjuicio para el mismo; así la S. AP Barcelona de 2 de abril de 1998 (AC. 1998/669) indica que el trámite de audiencia al menor de doce años ha de evitarse porque lo contrario “implicaría colocar a éste en la tesitura de que decida a favor de un progenitor, en perjuicio del otro, lo que supone un nivel de exigencia que la psiquiatría infantil especializada califica de traumatismo psíquico de carácter muy grave, y significa en la práctica el desplazamiento de la responsabilidad que sólo atañe a los padres –y en ausencia de acuerdo al juzgador-, hacia el propio hijo menor”.

⁴⁶ Los cauces para la determinación de la cuestión principal serán, en tanto no entre en vigor la ley 1/2000, los de la jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo indicado por la disposición transitoria décima de la ley 11/1981 de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*,...ob. cit., pág. 645, señala que se tratará de un procedimiento innominado, que habrá de ser construido por la actividad conjunta de Juez e interesados, y que consistirá fundamentalmente en solicitud, audiencia del otro progenitor y del hijo menor, justificación, audiencia del Ministerio Fiscal, decisión y recursos

158.3º), y más concretamente, a evitar perturbaciones dañosas en los cambios de titular de la potestad de guarda (art. 158.2º.), medidas que se podrán adoptar dentro de cualquier proceso civil, penal, o de jurisdicción voluntaria (art. 158 *in fine*), lo que supone otorgar una absoluta flexibilidad procedimental cuando se trate de evitar perjuicios a los menores, posibilitándose incluso la adopción de medidas en cualquier momento procesal.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y ante la inexistencia de medidas provisionales expresamente reguladas para la ruptura de la familia de hecho o para la separación de hecho de la familia matrimonial entendemos que es posible adoptar medidas provisionales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 158 y 159 del Código civil⁴⁷, entre las que estaría la de atribución provisional de la guarda del menor.

La vía procesal para la adopción de esta clase de medidas sería la de las medidas cautelares innominadas del artículo 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil, de rechazarse la aplicación analógica de las normas sobre medidas provisionales de los procesos matrimoniales⁴⁸, si bien, una vez sea vigente la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, la situación cambiará radicalmente, pues se establece expresamente la aplicabilidad de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales en los procesos de menores.

⁴⁷ Señala CASTÁN VÁZQUEZ, Comentario al artículo 159 del Código civil, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., pág. 555, que este artículo se refiere a la separación de hecho, puesto que para la legal el legislador ya ha previsto especialmente normas homólogas.

⁴⁸ Nos referíamos en el Capítulo III a la posibilidad de adoptar medidas provisionales análogas a las reguladas para el procedimiento matrimonial, y que el TC se ha pronunciado sobre la cuestión, indicando que dichas medidas no son exigibles, aunque entendemos que se pueden conceder.

Esta innovación fue introducida en la fase de Comisión del Congreso de los Diputados, pues en el proyecto ninguna referencia se hacía a las cuestiones sobre hijos fuera del marco del proceso matrimonial⁴⁹.

A partir de las enmiendas del GS en el Senado se cambió la rúbrica del capítulo, y se añadió el apartado sexto del artículo 770, en el que se establece que “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

De acuerdo con ello, se instaura la posibilidad de adoptar medidas provisionales en los procesos no matrimoniales en los que se debata la guarda y custodia de los hijos menores o los alimentos para éstos, como podrían ser los entablados por progenitores casados y separados de hecho, o por los cónyuges a quienes les fuera denegada su solicitud de nulidad, separación o divorcio, o también por los progenitores no casados.

Un problema no resuelto en la nueva Ley de enjuiciamiento civil es el de la competencia, pues en lo relativo a los menores de edad corresponde, en

⁴⁹ Ante la presentación de enmiendas del Grupo Socialista propugnando la regulación de los procesos de determinación de efectos de la ruptura paramatrimonial y la aplicabilidad en éstos de medidas provisionales, evitando la discriminación de los hijos no matrimoniales, la Comisión recogió únicamente una referencia a las cuestiones sobre los hijos; así, el artículo 750 bis 4 establecía que las disposiciones del título relativo a los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio serían aplicables a los procesos “que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”.

En la regulación de los procesos matrimoniales, sólo se introdujo referencia a la competencia, ignorándose si las normas sobre procedimiento matrimonial eran aplicables para las cuestiones sobre menores. Por ello, el Grupo Socialista presentó en el Senado enmiendas conducentes a reparar este error, como la n.º. 179, que proponía la modificación del título, que pasara a ser “de los procesos en materia de familia”, pues, de acuerdo con la justificación de la enmienda, “los procesos regulados en los artículos 769 y siguientes no son sólo los matrimoniales, sino también los relativos a la guarda y alimentos de los hijos menores, ya sean matrimoniales o no”, y más concretamente, la enmienda n.º. 181 pretendía que se realizara una referencia expresa al procedimiento relativo a las cuestiones sobre relaciones paternofiliales, y la n.º. 182 que se declararan aplicables las medidas provisionales.

aquellos lugares en los que exista Juzgado de primera instancia especializado en familia, a éstos, mientras que las cuestiones sobre los progenitores que no entablaran un proceso matrimonial serían competencia del Juez de primera instancia⁵⁰, incorrección que podría salvarse extendiendo la competencia del Juzgado competente de las cuestiones sobre menores a las cuestiones conexas que se plantearan entre los progenitores⁵¹.

3. 2. Atribución de la guarda a una tercera persona

En el artículo 103.1º.II C.c. se establece que “excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”, mientras que no se hace referencia a la posibilidad de encomendar definitivamente la guarda del menor a una persona distinta a los progenitores, lo cual entendemos posible siempre que su finalidad sea proteger al menor, y de acuerdo con lo señalado en el artículo 158 C.c., que indica que se podrán adoptar en cualquier procedimiento las medidas necesarias para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios⁵².

⁵⁰ Dado que la competencia de los Juzgados de familia vienen atribuida por su decreto creador o por la resolución del CGPJ que los introduzca, y que sus límites son estrictos, ésta no se puede ampliar a las cuestiones relativas a los convivientes, y sólo se puede extender a aquellas otras que concernieren a los menores, con lo que se producirá una división de la causa en aquellas localidades en las que exista Juez de familia; por un lado, el Juez de familia decidirá sobre las cuestiones relativas a los menores, y el Juez de primera instancia, por otro, sobre las concernientes a los convivientes. *Vid.* Apartado correspondiente a supuestos de aplicabilidad, así como SS TS de 8 de marzo de 1993 y 2 de junio de 1994, y los acuerdos entre jueces de familia de Madrid y abogados de familia resolviendo seguir las normas procedimentales relativas a la crisis matrimonial en aquellas rupturas de uniones paramatrimoniales en las que existieran descendientes menores de edad.

En el sistema alemán, la situación es análoga: el Juez de familia (Familienrichter) no es competente para conocer de las cuestiones relativas a los menores con filiación no matrimonial, si bien la Corte Constitucional Federal ha criticado en 1991 la diferencia de tratamiento entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales en cuanto a la competencia y al procedimiento, instando al legislativo a proceder a una revisión. SCHWAB, *Droit de la famille et jurisdiction en Allemagne*, en *Familles et justice*; (Meulders-Klein dir.); Paris: 1997, págs. 109 y 110.

⁵¹ Esta era la opción contenida en la enmienda del Grupo Socialista nº. 180, que finalmente no fue acogida. BOCG, Senado, Serie II, nº. 154 de 27 de octubre de 1999, pág. 301

⁵² En este sentido, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria*;...,ob. cit., pág. 650.

La excepcionalidad que reclama el precepto habrá de ser calibrada por la autoridad judicial⁵³, mas se entiende que sólo se podrá hacer la atribución a tercera persona distinta de los progenitores cuando éstos no pudieran hacerse cargo de los menores, o cuando su influencia fuere perniciosa para éstos.

En el mismo artículo 103 se establece que preferiblemente la guarda habrá de otorgarse a una persona, cercana al menor o a la familia, mas que de no haberla, los menores pueden ser encomendados a una institución, concediéndose al guardador las funciones tutelares⁵⁴. Estas funciones, de acuerdo con COSSÍO, pueden tener distinta extensión, dependiendo de la naturaleza del motivo para la guarda a cargo de terceros, pues es muy distinto que concurra falta muy grave que pueda derivar en la privación de la patria potestad o de la guarda o que simplemente los padres no puedan hacerse cargo del menor por falta de medios económicos o de vivienda adecuada⁵⁵.

La medida de otorgamiento provisional de guarda a terceras personas también se recoge en los artículos de la LEC 1901 a 1918, cuya finalidad es solucionar provisionalmente el maltrato a los menores⁵⁶, lacra que tiene una

⁵³ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*; Granada: 1995, pág. 54, apunta que la decisión judicial habrá de ser discrecional, mas no arbitraria.

⁵⁴ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas...*, ob. cit., pág. 55, señala esta medida es “una tutela temporal con suspensión de la patria potestad”.

⁵⁵ COSSÍO MARTÍNEZ, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*; Madrid: 1997, pág. 23.

⁵⁶ En los artículos, que forman el epígrafe “medidas provisionales en relación con los hijos de familia” se regulan diversas medidas que se pueden tomar en relación con los hijos de padres que los maltraten o los corrompan, que son principalmente la determinación de la guarda de éstos, y la fijación de unos alimentos provisionales, además de otras accesorias, como pueden ser las tendentes a asegurar el pago de alimentos. Estas medidas no son instrumentales a un proceso de familia, sino que tienen entidad independiente, y aunque se califiquen por el legislador de provisionales, pueden tener carácter definitivo, pues su existencia no se vincula a la de un proceso principal.

evidente relación con la crisis de la familia o de pareja⁵⁷, común a las agresiones al cónyuge, si bien más fácilmente reprimible⁵⁸.

4. Ejercicio de la patria potestad

Las funciones de la patria potestad son, además de la guarda, la alimentación de los hijos, la educación, la representación de éstos y la administración de sus bienes (art. 154 C.c.), actividades cuya titularidad puede distribuirse entre los progenitores⁵⁹.

Como indicábamos en lo relativo a la función de guarda, existe una doble normativa sobre la atribución de la patria potestad que entendemos otorga un contenido distinto: una general, en los artículos 156 y 159 del Código civil y otra especial para las situaciones de separación, nulidad o divorcio en los artículos 92 y 103.1º. del mismo cuerpo legal.

⁵⁷ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, pág. 312, se señala que la mayor parte de las denuncias de agresiones a hijos se realizan bien cuando éstos alcanzan cierta edad, cuando la agresión tiene una entidad importante, o cuando existen desavenencias entre los padres, apoyando, formulando o respaldando la denuncia uno frente al otro.

⁵⁸ La Fiscalía de Segovia apunta que los malos tratos a menores son más fácilmente perseguibles y atajables que los malos tratos entre cónyuges, ya que es común la denuncia por terceros, al contrario que en los casos de violencia entre la pareja, y que la intervención de la autoridad suele consistir en la adopción de medidas conducentes a situar al menor fuera del peligro de agresión, internándolo en un centro, y tomando aquellas otras necesarias que aseguren su correcta educación y desarrollo en un ambiente adecuado, actuaciones todas ellas supervisadas por el Ministerio Fiscal. Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado; Madrid: 1998, pág. 306 y 307.

⁵⁹ Entre las funciones de la patria potestad se encuentra la potestad de educación, abstracta, y puede consistir concretamente en la elección de centro académico para el menor, así como el control de las calificaciones de éste, participación en las actividades del centro, asistencia a tutorías, etc. La única potestad que posiblemente pueda tener trascendencia, será la de administración y representación de los bienes de los menores, que en la práctica, y dada la presunción frente a terceros de ejercicio de la patria potestad conjunta ex. art. 156, puede no tener virtualidad alguna, salvo en lo relativo a la expedición del DNI o pasaporte al menor, por lo que podemos sacar en conclusión que el elemento más importante de la patria potestad, la guarda, eclipsa el resto de las funciones de la patria potestad.

El art. 1671 del BGB alemán indica que si el bien del hijo lo exige, el cuidado de su persona podrá atribuirse a uno de los padres, y el del patrimonio, a otro.

Fuera del proceso matrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 del C.c., en caso de vivir los padres separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con el que el hijo conviva, pudiendo determinarse el ejercicio conjunto o la distribución de las funciones entre los padres, con lo que parece establecerse una regla de atribución provisional del ejercicio de las funciones de la patria potestad al padre conviviente con el hijo, que puede exceptuarse por una resolución judicial que distribuya las funciones de otra forma.

Para el caso de desacuerdo reiterado de los padres convivientes, en el artículo 156 se dispone que se podrá acudir al juez para que distribuya las funciones entre los progenitores o la atribuya a uno de ellos, si bien por un período máximo de dos años.

En la regulación de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales el criterio rector es el del ejercicio conjunto de la patria potestad entre los cónyuges –en su sentido legal, y no físico⁶⁰–; así, en el artículo 103.1º. relativo a las medidas provisionales se establece que el juez “determinará en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos...”, y no se hace referencia a la distribución de las funciones de la patria potestad, a diferencia de lo previsto para las medidas definitivas, pues el artículo 92 C.c. preceptúa que cuando así convenga, podrá acordarse que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Consideramos que, aunque no se encuentre recogido entre las medidas provisionales en la crisis matrimonial, será posible en todo caso la distribución provisional de las funciones de la patria potestad, e incluso la

⁶⁰MNOOKIN, «Divorce», en www.law.harvard.edu/programs/olin_center, apunta la tendencia en los Estados Unidos de Norteamérica a autorizar o incluso promover la custodia conjunta, de la cual existen dos tipos: la legal y la física. Por medio de la guarda conjunta legal, aunque el hijo resida con uno de los padres los dos progenitores tienen iguales derechos para tomar decisiones sobre el cuidado médico del hijo, religión y educación, mientras que la guarda conjunta física implica que los padres comparten la responsabilidad de los cuidados del niño día a día, más adecuada con la idea de que después del divorcio padre y madre deben desempeñar papeles equivalentes.

atribución de las funciones de la patria potestad a uno solo de los cónyuges, con base en el artículo 158 del Código civil -para evitar un perjuicio al menor- o incluso en el 156 del mismo cuerpo legislativo, que enuncia la regla general⁶¹.

- Privación del ejercicio de la patria potestad

El conjunto de funciones de la patria potestad puede ser distribuido entre los padres, como hemos indicado, pero también puede ser restringido e incluso eliminado de entre las potestades de los progenitores, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 170 del Código civil, en el que se autoriza al juez, buscando el beneficio del hijo, a privar a los progenitores de la patria potestad, de manera total o parcial, y del mismo modo, en el artículo 92 C.c., relativo a los efectos de la nulidad, separación y divorcio, se dispone que en la sentencia se podrá acordar la privación de la patria potestad.

La privación de la patria potestad es una medida de protección de menores, que sólo puede adoptarse en sentencia, de acuerdo con el artículo 170 del Código civil⁶², y que no podrá tener efectos hasta que sea firme la sentencia que la decreta⁶³, lo que excluiría en principio la privación provisional de la patria potestad⁶⁴, sin embargo, entendemos que privar provisionalmente del ejercicio del derecho es posible, pues no llega a realizarse una privación del derecho de patria potestad.

⁶¹ VALCARCE LÓPEZ, «El Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales», *Estudios Fiscales, Ministerio Fiscal*, 1998, vol. IV, pág. 49, considera que, ante la práctica generalizada de que el progenitor guardador desempeñe todas las funciones de la patria potestad, se debe recoger en las medidas provisionales la obligación de dar cuenta de los aspectos referentes a los hijos que excedan de lo ordinario, pudiéndose además solicitar, conforme al artículo 156 C.c., una distribución de las funciones entre los padres.

⁶² Señala además VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*; Barcelona: 1982, pág. 167 que, la privación sólo puede imponerse por sentencia, y no en ejecución de sentencia.

⁶³ La patria potestad es un elemento derivado de la filiación, y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 385 de la LEC las sentencias que versen sobre filiación no serán susceptibles de ejecución provisional

⁶⁴ COSSÍO, *Las medidas...*, ob. cit., pág. 17, entiende que se no se puede determinar la privación de la patria potestad en medidas previas o provisionales

Ha de tenerse en cuenta que la atribución de la potestad de guarda a uno de los cónyuges implica la privación de la función más importante de la patria potestad del otro cónyuge, quedando ésta con un contenido muy reducido⁶⁵; de este modo, el residuo principal de la patria potestad cuya titularidad ostentara el no guardador es el derecho a relacionarse con su hijo, cuyo ejercicio puede ser limitado provisionalmente, pues de acuerdo con el artículo 103.1º cabe determinar la forma de las relaciones del no guardador con los menores, pudiéndose restringir éstas⁶⁶, o incluso prohibirse en el caso de existir peligro o perjuicios para dicho menor, de acuerdo con el art. 158 C.c.

El resto de las funciones de la patria potestad –la representación de los menores y la administración de sus bienes- entendemos que pueden ser igualmente suspendidas si ello evitara perjuicios al menor, también con base en el artículo 158 del Código civil en cuanto a la función de representación y el 167 a la de administración, en donde se dispone que cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del menor, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares que considere, o incluso nombrar un administrador, a instancia del hijo, el Ministerio Fiscal o cualquier pariente, lo que también incluye a uno de los progenitores, lo cual supone la suspensión de la función.

Las medidas de suspensión de las funciones de la patria potestad son susceptibles de adoptarse no sólo en el proceso matrimonial, sino también en el proceso criminal, y en general, aquel en el que se regulen aspectos de

⁶⁵ En la práctica, en muchas ocasiones, salvo en lo relativo a la obligación de contribución al mantenimiento económico, las demás funciones compartidas son llevadas a cabo por el cónyuge guardador, quedándole finalmente al no guardador la carga de los alimentos, y el derecho a tener a los hijos consigo el tiempo que se determine en la medida de régimen de visitas, residuo inviolable de la patria potestad. CASTÁN VÁZQUEZ, comentario al artículo 170, en *Comentario del Código civil*, ob. cit., Tomo I, pág. 556.

⁶⁶ Uno de los efectos de la restricción podría ser el caso de la medida que consiste en imposibilitar la obtención de pasaporte del menor o de llevarlo consigo al extranjero VEGA SALA, *Síntesis...*, ob. cit., pág. 167.

la relación paternofilial, ya que el artículo 158 del Código civil lo posibilita⁶⁷.

Entendemos que esta medida se podrá adoptar en el marco del nuevo proceso de menores recogido en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000, pues aunque en el artículo 769 se establece que estos procesos han de versar exclusivamente sobre guarda y alimentos, ha de considerarse que esta exclusión se refiere únicamente a las cuestiones extrañas a la relación paternofilial⁶⁸.

5. Derecho de visitas

5. 1. Derecho de visitas parental

En la crisis familiar producida por la ruptura de los progenitores, y por la consecuente atribución a uno de ellos de la guarda de los menores de edad, es precisa la determinación de un sistema por medio del cual el no guardador pueda ejercer su derecho de tener consigo a los menores, así como de comunicarse con éstos.

En la regulación de la ruptura matrimonial del C.c. se establece como preceptiva la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía tanto provisional (art. 103.1º) como definitivamente (art. 94) .

⁶⁷ De acuerdo con lo indicado en el artículo 170 del Código civil, los padres pueden ser privados de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Sería deseable que la referencia a matrimonial se viera sustituida por otra más amplia que incluyera los procesos análogos que pudieran entablar las parejas de hecho –procesos que en todo caso se podrían entender incluidos entre aquellos en los que se pueda conocer del incumplimiento de los deberes de la patria potestad-; así, “familiar”, de acuerdo con las diferentes modificaciones que ha sufrido el artículo, originariamente 169, para su adaptación a los tiempos en que tenía vigencia: en un principio, fue “pleito de divorcio”; en 1958 pasó a tratarse de “separación personal”, cambiando a “causa matrimonial” tras la reintroducción del divorcio.

⁶⁸ Véase apartado correspondiente al proceso de menores en el Capítulo III.

Es un derecho-deber o derecho función⁶⁹, y consiste en puridad en un sistema de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor con el menor, mas en la práctica, y por la mayor importancia de la última medida, ha acabado residiendo en la determinación de las estancias, que se han calificado de visitas⁷⁰.

La relación de la medida que establezca el régimen de visitas con la que restrinja la patria potestad es evidente, y, como ya ha dicho, dado que el derecho a la compañía de los hijos forma parte del conjunto de derechos y deberes de la patria potestad, puede limitarse su ejercicio.

Es posible establecer un régimen de visitas a favor del progenitor al que se le haya privado de la patria potestad, ya que, según se establece en el artículo 160 C.c., los padres tienen el derecho a relacionarse con sus hijos menores salvo que ello se limite por resolución judicial.

Dicha limitación puede producirse, según se dispone en el mismo artículo, cuando exista justa causa para ello, como puede ser concretamente la prevista en el artículo 94 del Código civil, consistente en el incumplimiento del régimen de visitas o incluso del pago de la pensión alimenticia⁷¹.

⁶⁹ ZANÓN MASDEU, *Guarda...*, ob. cit., pág. 94.

⁷⁰ Las visitas serán aquellas que haya de efectuar el padre cuando la estancia se realice en el domicilio del guardador y el menor, bien porque éste sea de muy corta edad, o bien porque se encuentre enfermo. En cuanto a las comunicaciones, ya sean telefónicas, postales, etc., no es necesario pronunciamiento dado que no deben limitarse.

En la práctica habitual, el régimen de visitas suele consistir en la estancia del no guardador con los menores un fin de semana de cada dos, así como la mitad de las vacaciones, estableciéndose también en muchos casos una tarde de cada semana.

⁷¹ En este sentido, la instrucción de la Fiscalía General del Estado n°. 3/1988 indica que los fiscales habrán de pedir la suspensión del régimen de visitas en tanto no se satisfagan las cantidades debidas en concepto de alimentos.

En esta línea, en la nueva LEC se introdujo, entre las normas específicas de la ejecución en el proceso matrimonial y de menores, la posibilidad de modificar dicho régimen ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas. La introducción se produjo en fase de Comisión en el Congreso, y siguiendo la línea de las enmiendas presentadas por el GS, que incluían un sistema especial de ejecución forzosa en los procesos de familia.

La determinación de las visitas es un elemento cogente o imperativo del proceso de medidas provisionales y del proceso principal de nulidad, separación o divorcio, por lo que no precisará de solicitud de parte⁷².

Fuera del proceso matrimonial, en la actualidad, la vía para determinar las visitas de forma provisional será, en el marco del declarativo de menor cuantía o de jurisdicción voluntaria, ex. DT 10º de la ley 13/81⁷³, la de las medidas cautelares innominadas del artículo 1428 LEC.

A partir de la entrada en vigor de la nueva LEC el procedimiento para determinar la medida de régimen de visitas fuera de un proceso matrimonial será el mismo que el de las medidas provisionales del proceso matrimonial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 770.6º⁷⁴.

5. 2. Derecho de visita de terceros

En la regulación de las medidas provisionales adoptables en los procesos matrimoniales no existen referencias concretas al derecho de visitas a favor de personas distintas de los progenitores del menor, si bien en el artículo 160 del Código civil se establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”.

Es evidente que en la práctica parientes como abuelos o tíos y allegados -como puede ser el caso de la pareja del progenitor, que puede a su vez ser padre de hermanos del menor, y haber convivido con él- pueden tener interés en relacionarse con el menor, y entendemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 160, el derecho a hacerlo puede ser declarado en la vía judicial, tanto de forma provisional como definitiva.

⁷² ZANÓN MASDEU, *Guarda...*, ob. cit., pág. 99.

⁷³ PELÁEZ DEL ROSAL, *El derecho de visita: aspectos procesales y jurisprudenciales, en Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastián: 1992, pág. 301, considera más apropiada la tramitación por la jurisdicción voluntaria.

⁷⁴ Véase el apartado 2.5. del capítulo anterior.

Entendemos que el derecho reconocido en el art. 160 C.c. de parientes y allegados a relacionarse con el menor puede concretarse en la fijación de un régimen de visitas a favor de dichas personas, amparándose también en el beneficio para el menor de esta relación⁷⁵.

La atribución provisional del derecho de visita de terceros es posible fundamentalmente de acuerdo con los artículos 158 y 160 del Código civil, por el procedimiento de medidas innominadas del art. 1428 de la LEC de 1881 ó el art. 727. 11º. de la LEC de 2000.

En cuanto a la legitimación, existe cierto problema cuando los solicitantes no sean parte del proceso que se esté desarrollando, caso en el que entendemos que la petición puede realizarse por una de las partes⁷⁶, o por el Ministerio Fiscal, o incluso podrá establecerse sin previa solicitud, de oficio, con el fin de evitarse perjuicios al menor.

6. Prohibición de salida del territorio nacional y de expedición de pasaporte.

Existen fundamentalmente dos medidas que tienden a evitar el secuestro internacional de menores, que sería aquel realizado por un progenitor con la intención de ubicarse en un país donde se proteja su situación con la custodia del menor y hurtarse de la actuación de los órganos judiciales que bien concedieron la custodia al otro progenitor o

⁷⁵ En este sentido, existe jurisprudencia consolidada sobre el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos: SS TS de 7 de abril de 1994, RJ 1994/2728, de 11 de junio de 1996, RJ 1996/4756, de 17 de septiembre de 1996, RJ 1996/6722, 11 de junio de 1998, RJ 1998/4681 y A. de 30 de marzo de 1999, RJ 1999/1870. Todas estas resoluciones tienen como denominador común la muerte del progenitor del menor, a su vez hijo de los solicitantes de medidas, si bien entendemos que el derecho de los abuelos y otros familiares o allegados a relacionarse con el menor sigue latente en el caso de separarse sus los padres, y en este sentido el pleno del Senado aprobó el 30 de mayo de 2000 una moción que insta al Gobierno a modificar la normativa civil con el fin de garantizar las relaciones de nietos y abuelos tras la crisis matrimonial. Véase El País, 31 de mayo de 2000.

⁷⁶ GIESSLER, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*, 2º. Auflage; Munich: 1993, pág. 470, indica respecto al derecho alemán que, para aquellas situaciones en las que el ejercicio de la patria potestad suponga un abuso de derecho, por

bien estaban conociendo o iban a entrar a conocer del litigio entre los progenitores, y que son la prohibición de expedición de pasaporte y de salida del menor del territorio nacional.

Cuando un progenitor lleva consigo al menor al extranjero, con la intención de solicitar un pronunciamiento de guarda a su favor en el país de llegada, impidiendo la convivencia de éste con el otro progenitor, estamos ante un caso de secuestro internacional de menores, incluso si no existe resolución anterior al desplazamiento relativa a la guarda⁷⁷.

En estas situaciones el traslado del menor es la piedra de toque de la ruptura; precisamente la previsión de una situación de crisis de la pareja es la que provoca dicho traslado, propiciando la concesión de la potestad de guarda al progenitor que lleva consigo al menor.

La mayor parte de los secuestros internacionales de menores tienen su origen en la diversa nacionalidad de los progenitores del menor, de modo que en los casos de crisis familiar solventados ante los tribunales españoles, parece existir tendencia a otorgar la guarda y custodia del menor al progenitor nacional, tanto si no existe otro pronunciamiento sobre la cuestión de tribunales extranjeros, como si existe una resolución extranjera que otorga la guarda al otro progenitor, llegándose a extremos aberrantes, tales como el puesto en evidencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1998⁷⁸.

prohibirse las relaciones del menor con un tercero, el otro progenitor podrá solicitar la medida provisional de régimen de visitas con terceros.

⁷⁷ España es parte del Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, y el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, y estos convenios son aplicables únicamente a situaciones de guarda establecida con anterioridad al secuestro, ya sea con origen en una decisión judicial (C. Luxemburgo) o en general, siempre que se infrinja la custodia del menor en el derecho del Estado de origen. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*; Granada, 1998, pág. 195.

⁷⁸ En esta sentencia (ED 98/7057) se fija la correcta interpretación del artículo 16 del Convenio de la Haya sobre sustracción de menores, que señalaba que no se podía entrar a conocer del fondo del asunto, es decir, del otorgamiento de la guarda a uno u otro progenitor hasta que se decreta la devolución del menor, y que Tribunales inferiores

De esta forma, la finalidad de protección que el tribunal pretende ejercer cuando adjudica la guarda al progenitor nacional, en muchos casos deja de ser adecuada e incluso legal, y puede tener como efecto general que el progenitor extranjero se lleve consigo al menor evadiendo la justicia incluso antes de haberse iniciado el procedimiento de crisis familiar, precisamente por conocer la tendencia de protección indiscriminada al nacional⁷⁹.

Los secuestros se pueden producir, como hemos señalado, antes de iniciarse ningún procedimiento, durante éste o después, cuando el padre está en compañía de los menores disfrutando del régimen de visitas provisional o definitivo, y no los devuelve al progenitor guardador, que reside fuera de España, o bien viaja al extranjero con los menores, quedando el guardador legítimo en España.

Una de las graves consecuencias del secuestro internacional es el de la alta probabilidad de perjudicar al menor si la solución no se produce inmediatamente, por provocarse un primer desarraigo, una posterior aclimatación y un posible segundo desarraigo. Se trata, como bien señala

interpretaron como que una vez decretada la devolución, podían dictar resoluciones referentes al fondo, haciendo inejecutable la anterior, interpretación señalada por el Tribunal Supremo como de errónea, absurda y desatino, y contraria a la correcta, que implica que no se puede entrar a conocer del fondo salvo que exista una de las causas recogidas en el convenio. El Tribunal resuelve sobre un caso de secuestro realizado por un padre español, divorciado de mutuo acuerdo en Suiza, de donde era su esposa, cuando los menores pasan con él su tiempo de visitas. La madre, ante la no devolución por parte del padre, demanda a las autoridades la devolución, y un auto judicial así lo apoya. Sin embargo, seguidamente al dictado de ese auto, el mismo Juez admite un incidente de modificación de medidas, otorgando al padre la custodia y haciendo inejecutable el pronunciamiento anterior de devolución.

En la actualidad, esta iniquidad es de difícil repetición, dado que se han introducido en la Ley de Enjuiciamiento civil los artículos 1901 a 1909, por medio de la ley de protección al menor de 1996, que señalan el procedimiento a seguir.

⁷⁹ Estos son los casos que se podrían calificar de secuestro legalizado (legalized kidnapping), "*secuestro al menos consentido por las autoridades judiciales en el que el menor se encuentra de facto*". CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional*..., ob. cit., 188.

BÖHMER de una “lucha contra el reloj” (Kampf gegen die Uhr)⁸⁰, en la que el uso de unas medidas preventivas puede ser de gran utilidad.

En la práctica, el primer factor de riesgo de la huida se intenta soslayar con la prohibición de salida del territorio nacional del menor. Esta medida se articula por medio de una comunicación a las autoridades competentes con el contenido de prohibición de expedición de pasaporte al menor, además de la prohibición de salida del territorio nacional del menor.

Estas serían medidas no reguladas expresamente entre las medidas provisionales susceptibles de adoptarse en los procesos de familia, y entendemos que en situaciones de ruptura de uniones entre personas de distinto origen nacional, en las que exista la posibilidad de que uno de ellos lleve consigo al menor sin el consentimiento del otro progenitor, con la intención de eludir el pronunciamiento futuro sobre la guarda del descendiente, el progenitor que tema la situación podrá solicitar del juez la prohibición de salida del territorio nacional del menor sin autorización judicial, aparejada a la prohibición de expedición de pasaporte al menor, medidas cautelares adoptables en beneficio del menor⁸¹.

La base para esta medida, ya que entre las medidas del artículo 103 C.c. no se hace referencia a la prohibición de salida del territorio nacional o expedición de pasaporte, será el artículo 158 del mismo cuerpo legal, que persigue la evitación de perjuicios al menor, así como el artículo 91 del Código civil, en el que se hace referencia a las cautelas o garantías que procedan si no se hubieran adoptado otras, en relación con las medidas definitivas que sustituirán en la sentencia a las provisionales.

Medidas tales como la prohibición de salida del territorio nacional del menor, que no del progenitor, pueden producir una restricción de derechos del progenitor que desee viajar con el menor, ya que influye

⁸⁰ BÖHMER, «Die 14. Haager Konferenz über internationales Privatrecht 1980», en *Rabels Zeitschrift*, 1982, pág. 648.

⁸¹ La S. de la AP de Valladolid de 31 de mayo de 1996, @1424/1996, recoge la misma medida, aunque suavizada en su redacción, consistiendo en exigirse judicial para que el menor pueda salir de España.

directamente en su derecho a la intimidad familiar, recogido en el artículo 18, y en su libertad deambulatoria del artículo 19 de la Carta Magna, en el que se dispone que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional así como a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley fije⁸². Las restricciones relativas a estos derechos implican claramente una limitación de los derechos fundamentales, por lo que habrán de establecerse legalmente los presupuestos y contenido de las posibles acciones limitativas⁸³.

Los presupuestos para su adopción serán el peligro de secuestro, entendemos que a un país del que sea dificultoso el retorno del menor⁸⁴ y la solicitud de parte, sin ser precisa la audiencia del demandado en las situaciones de urgencia, y consistirá en la admonición al progenitor no solicitante sobre la prohibición de salida y expedición de pasaporte, así como

⁸² Como apunta GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid: 1991, pág. 52 y ss., el derecho a la libertad del art. 17, que se extiende a todas las personas, se circunscribe a la libertad y seguridad personal, se distingue del art. 19, de titularidad de los españoles, por razones históricas. La libertad personal se referiría a la persona considerada en sí misma, y las de libertades de circulación y residencia "atenderían a la vida de éstas en relación".

⁸³ Las medidas restrictivas de derechos han de estar recogidas normativamente, tal como ha proclamado el Tribunal Constitucional, y según se colige de lo indicado en los artículos 53.1, 81 y 1.6, lo que implica que no sólo han de estar determinadas legalmente las penas, sino también las coacciones a las que se puedan ver sometidos los ciudadanos. SANTOLARIA FERNÁNDEZ, «Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio», *Poder Judicial* n.º. 48, págs. 465 a 479. Véase GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...*, ob. cit.

⁸⁴ Así, habrán de entenderse entre los países de origen del progenitor que puedan suponer un obstáculo para la devolución del menor, aquellos con los que no esté vigentes los Convenios internacionales sobre sustracción de menores y aquellos otros en los que la larga distancia suponga de por sí un obstáculo. Así, en principio, no será precisa la adopción de la medida entre los países Europeos firmantes del Convenio de la Haya, y sí lo podrá ser en aquellas otras situaciones en las que el país eventualmente receptor del menor sea lejano.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 11 de febrero de 1998 (ED 98/2842) adopta, ante la situación de riesgo probada, de forma provisional y posteriormente definitiva, las medidas de prohibición de expedición de pasaporte y de salida del territorio nacional, teniéndose en cuenta, además del riesgo probado, la gran distancia del país del padre, Corea.

en el oficio al Ministerio del Interior en relación con las dos cuestiones, tanto la expedición del documento como la prohibición de salida⁸⁵.

En relación con su efectividad, conviene que ambas medidas se adopten conjuntamente⁸⁶, y es de destacar la dificultad de control de la salida del territorio nacional en el ámbito de la libre circulación de personas de la Unión Europea⁸⁷, si bien han sido creados instrumentos de protección como el sistema SIS⁸⁸, estructurado a través de las oficinas SIRENE.

En cuanto a la regulación concreta de las medidas adoptables en relación con los menores, el artículo 97 del CAAS establece que se pueden introducir los datos relativos a personas desaparecidas o que, en interés de su propia protección, deban ser puestas a salvo provisionalmente a petición

⁸⁵ La sentencia de la AP Toledo de 11 de febrero de 1998 ordena oficiarse a la Dirección General de la Policía-Pasaportes, “para que no se expida nuevo pasaporte para los menores en tanto no adquieran la mayoría de edad o se autorice por el órgano judicial, y comunique al Juzgado cualquier solicitud realizada por sus progenitores en dicho sentido, debiendo también denegar la inclusión, en la hoja destinada al efecto del Pasaporte, de los menores, si fuera solicitado nuevo pasaporte por d...”; además, “oficiase a la Dirección General de la Guarda Civil y Dirección General de la Policía, a fin de que por el correspondiente servicio de control de fronteras, se impida la salida del territorio nacional de los menores hasta que adquieran la mayoría de edad, se autorice por el Órgano Judicial o vayan acompañados por su madre”.

⁸⁶ La adopción autónoma de la medida de prohibición de expedición de pasaporte puede ser soslayada fácilmente si el padre que desea raptar al menor es extranjero, lo cual es lo más habitual, y tiene un pasaporte extranjero para el niño, que si tiene la nacionalidad extranjera, no le escatimará el consulado de su país.

⁸⁷ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, ob. cit., pág. 187.

⁸⁸ El espacio Schengen también ha creado instrumentos de protección tales como la base de datos que pretende evitar la huida del territorio Schengen de determinadas personas. El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 (el Acuerdo de Schengen era de 14 de junio de 1985) estableció que la circulación transfronteriza en las fronteras exteriores está sujeta al control de las autoridades competentes, efectuado con arreglo a principios uniformes, teniendo en cuenta los intereses de todas las Partes contratantes. Entre estos principios estaría el del control de las personas no sólo en la comprobación de los documentos de viaje y restantes condiciones de entrada, residencia, etc., sino que se referiría también a la investigación y prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las Partes contratantes (art. 6 del CAAS).

Con este fin se organizó el SIS, sistema de información de Schengen, estructurado en un segmento nacional en cada una de las Partes contratantes y una unidad de apoyo técnico, que permite que las autoridades designadas por las Partes contratantes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y objetos al efectuar controles en la frontera o dentro del país (art. 92 del CAAS).

de la autoridad competente o de la autoridad judicial competente de la parte informadora, y que esta introducción tendrá la finalidad de comunicar a la parte informadora el lugar de residencia de la persona buscada o bien que se ponga a salvo la persona con el fin de que prosiga su viaje, siempre que así lo autorice la legislación nacional.

De esta manera se establece la posibilidad de introducir los datos del menor que se teme sea secuestrado, con el fin de evitar su salida del territorio Schengen, sin embargo, existe un grave obstáculo para su efectividad: la legislación nacional debe permitir que la autoridad competente retenga al menor, y aquí encontramos el problema de la diversidad en la normativa de los Estados parte en cuanto a validez de la resolución por la que se impide la salida del menor⁸⁹.

⁸⁹ La oficina SIRENE española ha dado instrucciones en relación con las actuaciones pertinentes en relación con las personas: en el caso del art. 97 CAAS, siendo la persona menor de edad, habrá que “adoptar todas las medidas de protección del menor necesarias y conducirlo ante la autoridad competente que pueda decretar su puesta bajo custodia provisional para impedirle que continúe su viaje, si el Derecho nacional lo autoriza. Ponerse en contacto con la Oficina Sirene”. *Operatividad y funciones de la oficina S.I.R.E.N.E.*; Ministerio del Interior, Dirección General de la Policía, Unidad de Coordinación y cooperación internacional, oficina S.I.R.E.N.E, pág. 102. Así, se desplaza la valoración de la adaptación del derecho nacional a la medida requerida por la Parte informadora, habiendo de ser el Juez de primera instancia, autoridad competente para conocer de las cuestiones relativas a los menores, el que determine si el derecho nacional

autoriza que se impida el viaje al menor. Para esta determinación, el juez habrá de aplicar el Convenio de la Haya de 1980 relativo a sustracción de menores, cuyo artículo 3 que impide entrar a decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia “hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio”. Cuando la extradición no sea posible, únicamente se podrá comunicar a la parte informante la residencia del sujeto.

Capítulo V: Medidas de contenido patrimonial.

1. Revocación de poderes y consentimientos
2. Prohibición de disponer de los bienes privativos del otro cónyuge
3. Suspensión o disolución de la sociedad de gananciales
4. Contribución a las cargas
 - Concepto y contenido
 - 4.1. Contribución a las cargas en las medidas provisionales
 - Las *litis expensas*
 - Relación de las *litis expensas* y el derecho de justicia gratuita
 - 4.2. Contribución a las cargas en la separación de hecho
 - Las *litis expensas*
 - 4.3. Alimentos
 - 4.3.1 Beneficiarios
 - 4.3.2 Contenido de los alimentos
 - 4.3.3 Legitimación
 - 4.3.4 Los alimentos provisionales
 - 4.4. Pensión compensatoria
 - 4.4.1 Distinción entre pensión compensatoria y alimentos
 - 4.4.2. Contenido
 - 4.5. Indemnización al exconviviente
5. Vivienda familiar
 - El uso de la vivienda y la ruptura paramatrimonial
 - Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales LEC 1881
 - Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales LEC 2000
 - Uso de vivienda e hijos no matrimoniales mayores de edad
 - Uso de vivienda y conviviente
6. Ajuar familiar
7. Entrega de bienes personales
8. Entrega de bienes y determinación de reglas de administración

8.1 Entrega de bienes comunes o gananciales

-Regulación ex. Arts. 870 LEC 2000

-Separación de hecho

8.2. Reglas administración de bienes privativos afectos a las cargas

8.3. Reparto de los bienes de la unión de hecho

9. Medidas de aseguramiento

9.1. La anotación preventiva

9.2. Medidas tendentes a conservar los derechos de los cónyuges en lo relativo al uso de la vivienda familiar y ajuar

9.3. Medidas tendentes a asegurar la contribución a las cargas.

9.4. Medidas tendentes a asegurar el pago de alimentos para los hijos menores.

9.5. Medidas que tiendan a evitar perjuicios económicos a menores

CAPÍTULO V: MEDIDAS DE CONTENIDO PATRIMONIAL.

1. Revocación de poderes y consentimientos

Uno de los efectos automáticos producidos por la admisión de la demanda es el de revocación de los poderes y consentimientos otorgados entre los cónyuges, de acuerdo con el artículo 102 del Código civil, salvo pacto expreso en contrario, pudiendo cualquiera de las partes instar la oportuna anotación en el Registro civil, de la Propiedad o Mercantil, con la finalidad de tener eficacia frente a terceros.

Por otra parte, ante la disposición por uno de los cónyuges en algún acto en el que fuera necesario el consentimiento del otro cónyuge, sin el concurso de éste, el cónyuge no participante podrá anular el negocio de que se trate, ex. art. 1322.

2. Prohibición de disponer de los bienes privativos del otro cónyuge

El artículo 102 del Código civil, relativo a los efectos que se producen por ministerio de la ley, dispone que, salvo pacto en contrario, con la admisión de la demanda cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

En primer lugar, la potestad doméstica, de acuerdo con el artículo 1319, consistirá en la facultad de ambos cónyuges de realizar actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas al cuidado de cada uno de los cónyuges, y conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma. Las deudas que este ejercicio produzcan habrán de ser satisfechas solidariamente con los bienes comunes, con los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, con los bienes del otro cónyuge.

Por lo tanto, parece que de esta facultad se excluyen aquellos actos de disposición de carácter extraordinario o que no afecten a cuestiones en las que se precise la voluntad de ambos cónyuges (arts. 1319, 1320 y 1322 C.c.).

La medida del artículo 102 C.c. sólo impide la vinculación a los bienes privativos del otro cónyuge, que por lo tanto ya no responderán subsidiariamente de los actos realizados en el ejercicio de la potestad doméstica, mas quedarán vinculados los bienes comunes, que en muchas ocasiones serán los únicos que se posean, por lo que resultará conveniente determinar el régimen de la administración de forma provisional, de acuerdo con el artículo 103.4º., sistema, sin embargo, fácil de obviar, según señala ALBERDI ALONSO¹.

3. Suspensión o disolución de la sociedad de gananciales

Distinguiendo primeramente la figura de la disolución del régimen económico matrimonial, que supone poner fin al estado de derecho económico familiar, y la liquidación de dicho régimen, que es la determinación del contenido de la sociedad y su distribución a los cónyuges o excónyuges², lo cual se realiza una vez que el régimen económico matrimonial se ha disuelto, nos planteamos la posibilidad de adoptar provisionalmente la medida de disolución de la sociedad de gananciales.

Cuando los cónyuges acuden al proceso matrimonial, y en el caso de que el régimen económico matrimonial sea el de participación³ o el de gananciales -régimen que resulta ser el más extendido por ser subsidiario en

¹ ALBERDI ALONSO, *La reforma en materia de procedimientos de familia*, en *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*; Madrid: Ministerio de Justicia; 1990, pág. 192.

² SEIJAS QUINTANA, *Causas extraordinarias de disolución de la sociedad legal de gananciales: separación de hecho*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, (con Zarraluqui, Polo Soriano, Vaillo et alii); Madrid: 1997, pág. 206.

³ En cuanto a la disolución del régimen de participación, el artículo 1415 del C.c. remite para su disolución a la normativa del régimen de gananciales.

la zona de derecho común-, se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de ellos, que serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla (art. 1344 C.c.), hasta la firmeza de la sentencia que decrete la nulidad, la separación o el divorcio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del Código civil (que producirá automáticamente la disolución de dicho régimen⁴), con lo que incluso durante la sustanciación del proceso matrimonial, este régimen seguirá vigente, hasta la firmeza de la sentencia, que se puede producir tras varios años después de iniciado el proceso, si se accede a la segunda instancia⁵.

Esta situación se presenta de todo punto injusta, ya que no se puede justificar la perpetuación del régimen económico más allá de la ruptura efectiva de la convivencia y de la comunidad de intereses y bienes, por lo que consideramos que al menos el régimen de separación de bienes debería ser obligatorio de forma provisional en el caso de ser solicitado por uno de los cónyuges, ante la negativa del otro⁶.

Entre las medidas o efectos provisionales de los procesos matrimoniales del Código civil se encuentra la de la revocación de

⁴ La S. AP Madrid de 24 de abril de 1998 indica que la disolución de la sociedad de gananciales se produce automáticamente con la firmeza de la sentencia matrimonial, sin que sea preciso pronunciamiento específico al respecto.

En el mismo sentido, PÉREZ CALONGE, *Aspectos procesales y sustantivos de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, en situaciones de patología o crisis del matrimonio, en Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid: 1995, pág. 355.

⁵ Señala PÉREZ CALONGE, *Aspectos...*, ob. cit., pág. 355 y 356, que esta situación provoca que en los casos en los que existe acuerdo de las partes, en la práctica se realicen capitulaciones matrimoniales, extinguiendo el régimen de gananciales y estableciendo el de separación de bienes.

⁶ GONZÁLEZ DEL POZO, *Los supuestos de conclusión de la sociedad de gananciales previstos en los artículos 1393.3º y 1373 del Código civil*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, (con Zarraluqui, Polo Soriano, Vaillo et alii); pág. 348 y 349, se manifiesta a favor de la introducción como medida provisional de la suspensión de la sociedad de gananciales, y cita la S. AP Madrid de 1 de julio de 1993, que revocó tal medida impuesta por el Juzgado de Primera Instancia nº. 28 de Madrid, especializado en familia, que señala que “si bien podría considerarse avanzada, e inclusive de un acentuado carácter práctico, ...no tiene apoyo legal alguno”, por lo que se declara la plena vigencia de la sociedad de gananciales hasta la efectividad de la sentencia de segunda instancia.

consentimientos y poderes entre los cónyuges y la imposibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, medidas claramente insuficientes para hacer frente a la necesidad de aislamiento de patrimonios, sin comunicación de ganancias, que debería producirse ante la crisis matrimonial.

Entendemos que, fuera de los casos en los que los cónyuges modifiquen el régimen económico de mutuo acuerdo, puede introducirse una medida con la finalidad de que no se comuniquen las ganancias de los cónyuges hasta que la sentencia sea firme y se disuelva el régimen económico matrimonial. Para el caso de que los cónyuges lleven separados más de un año, el artículo 1393 del Código civil permite a los cónyuges solicitar unilateralmente al Juez la conclusión de la sociedad de ganancias, y en el artículo 1394 C.c. se dispone que los efectos de la disolución se producirán desde la fecha en que se acuerde.

Esta medida del art. 1303 habrá de ser concedida automáticamente si la separación de hecho llevara durando un año, sin que haya cabida para la discrecionalidad judicial, medida que, podrá ser adoptada autónomamente, independientemente de otros procesos o incluso en algún otro tipo de proceso, tal como aquel en el que se solicite la regulación de las relaciones de la familia matrimonial separada de hecho, o incluso en algún procedimiento de carácter mercantil, y tendrá carácter definitivo, y no provisional.

Fuera de esta especialidad, consideramos, de acuerdo con GONZALEZ DEL POZO que los cónyuges pueden solicitar y obtener una medida provisional que permita la separación de patrimonios de manera provisional: el artículo 103. 4º y 5º C.c. permite una regulación pormenorizada de las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la tramitación del proceso matrimonial, y las medidas susceptibles de acordarse provisionalmente pueden establecer un sistema al margen del régimen legal

de gananciales, separándose los rendimientos económicos de los cónyuges durante ese período de tiempo⁷.

Ha de señalarse que, en relación con la separación de hecho, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones aclarando que la separación de los cónyuges implica la falta de ganancialidad de los bienes que cada uno adquiera, sin embargo ello se limita en la práctica a aquellas situaciones de falta de convivencia de los cónyuges durante un largo período de tiempo⁸.

⁷ GONZÁLEZ DEL POZO, *Los supuestos de conclusión...*, ob. cit., pág. 351 y 352.

⁸ Concretamente en las SS de 13 de junio de 1986, 17 de junio de 1988 y 23 de diciembre de 1992, la separación de hecho fue de una duración de más de treinta años, inadmitiéndose en la S de 6 de junio de 1998 la aplicabilidad de dicha doctrina por tratarse de un período de separación sustanciosamente menor (doce años) y por haber realizado las partes actuaciones por las que se entendía que consideraban vigente la comunidad ganancial. La S. Del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1998 indica que, de acuerdo con su doctrina, la separación de los cónyuges implica la falta de ganancialidad de los bienes que cada uno adquiera, pues se excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, mas que ésta no es aplicable al caso porque las partes se encontraban separadas desde no muy largo tiempo (en las SS de 13 de junio de 1986, ED 86/4068, de 17 de junio de 1988, ED 88/5243, y de 23 de diciembre de 1992, ED 92/12804 la duración de la separación de hecho fue de 40, 35 y más de 40, respectivamente, mientras que en el caso actual la separación fue de aproximadamente 12 años antes de la solicitud de divorcio, y de únicamente siete años anterior a la compra de la vivienda objeto de la cuestión) y además consideraban aplicable el régimen de gananciales a su situación, dado que el marido adquirió una vivienda para su sociedad de gananciales, y la hipoteca se inscribió a cargo de ambos.

Además, los actos realizados por las partes, y su consideración errónea de aplicabilidad del régimen matrimonial no pueden hacer aplicable un régimen que no lo era, por lo que consideramos que transcurrido un año, y sin reconciliación posterior de los cónyuges, o expresa atribución de ganancialidad de los bienes adquiridos, debería, a petición de uno de los cónyuges, concluir la sociedad de gananciales. La STS de 2 de febrero de 1994 (ED 94/806) indica que los actos erróneos de los cónyuges durante su matrimonio no pueden cambiar la naturaleza del régimen económico que legalmente corresponda. PÉREZ CALONGE, *Aspectos procesales y sustantivos...*, ob. cit., pág. 358 y 359, y SEIJAS QUINTANA, *Causas...*, ob. cit., pág. 281, apunta en el mismo sentido que la argumentación jurídica relativa a la disolución de la sociedad debe basarse en una voluntad de permanencia del estado de separación manifestada a través de la prueba de un largo tiempo de absoluta desvinculación personal y económica.

4. Contribución a las cargas

-Concepto y contenido

La contribución a las cargas del matrimonio es una obligación de los miembros de la familia⁹, no recogida directamente entre los derechos y deberes de los cónyuges en los artículos 66 a 71 del Código civil, aunque implícita en toda la regulación del matrimonio desde 1981 y con sanción jurídica concreta en los artículos 1318 C.c. en general, en los artículos 90 y 91 C.c. en relación con la nulidad, separación y divorcio, y en el 103 C.c. con las medidas provisionales¹⁰.

Entendemos que es un concepto ligado a la convivencia familiar y concretamente matrimonial¹¹, y “es una regla de carácter básico y general de todo el sistema jurídico económico matrimonial”¹² por lo que una vez

⁹ Los hijos, de percibir ingresos, también están obligados a contribuir al levantamiento de las cargas familiares, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155 C.c.

¹⁰ Señala VEIGA NICOLE, *La pensión de alimentos en la ley 30/81 de 7 de julio*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*; (con Zarraluqui, Delgado López, Ortiz-Arce et alii); Madrid: 1995, pág. 123, que con anterioridad a la ley 30/81, en relación con la regulación provisional y definitiva de los pleitos matrimoniales y de alimentos, las obligaciones económicas de los cónyuges eran referidas a alimentos para el cónyuge y los hijos, sin más (art. 68.5º. con la redacción de la ley de 24 de abril de 1958), y que la normativa de 1981 eliminó los alimentos a la esposa e introdujo el concepto de “cargas del matrimonio”.

Sin embargo, el artículo 1435 del Código civil, de acuerdo con la redacción dada por la ley 14/1975 de 2 de mayo señala que “la separación de bienes no exime a los cónyuges de sus obligaciones en orden al levantamiento de las cargas de la familia”, con lo que observamos que el concepto de contribución a las cargas no fue introducido en 1981, aunque a partir de esta fecha sí se produjo su expansión y protagonismo en el ámbito de las relaciones patrimoniales matrimoniales.

PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*; Murcia: 1998, pág. 80, señala que la ley de 2 de mayo de 1975 suprimió el deber de obediencia al marido, proclamándose el principio de igualdad jurídica entre los cónyuges, lo cual implica que ambos tienen el deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares.

¹¹ ROCA GUILLAMÓN, *Las cargas de la familia de hecho*, en *Parejas de hecho*, (Herrera Campos dir.); Granada: 1996, pág. 86, realiza una interpretación analógica, entendiendo el concepto aplicable a las relaciones económicas en la familia no matrimonial, ya que se refiere a las cargas de la familia de hecho como a los deberes de naturaleza personal de cada uno de los convivientes, así como, “en un sentido más estricto, las obligaciones que en su caso quedarían a cargo de ambos convivientes en una consideración paralela a las que se atribuyen al consorcio conyugal”, y que tendría una naturaleza esencialmente ética.

¹² PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 81.

extinguido éste no se podrá hablar de contribución a las cargas, sino que habrá que distinguir las cantidades debidas por otros conceptos.

Así, tras la separación judicial, aunque el vínculo matrimonial siga subsistente, y con ello ciertos derechos y deberes entre los cónyuges, no se puede seguir hablando de cargas familiares en sentido estricto del término, pues ya no está vigente el régimen económico matrimonial¹³.

Existe una expresa regulación de la obligación de contribución a las cargas respecto de los procesos matrimoniales en los artículos 90, 91 y 103 C.c., mientras que, por otro lado, en el artículo 1318 se establece el régimen general de contribución a las cargas, aplicables a otros casos distintos de la nulidad, separación o divorcio¹⁴.

Los cónyuges pueden solicitar que se determine judicialmente la contribución a las cargas del otro cuando éste eluda la contribución a los gastos familiares, autónomamente, previamente o en el ámbito de un proceso matrimonial o de otra naturaleza, así sucedería con los cónyuges separados de hecho, que no desean solicitar la separación, o que no pueden solicitarla con éxito por no cumplir los requisitos exigidos por la ley (aquellos cónyuges que lleven casados menos de un año, o cuya separación no se justifique por las causas del artículo 82 del C.c.).

En el proceso matrimonial sólo pueden fijarse cantidades de contribución a las cargas mientras el régimen económico matrimonial siga subsistente, es decir, en tanto no sea firme la sentencia de nulidad, separación o divorcio, y en este sentido, se ha señalado reiteradamente por la jurisprudencia que es errónea la elevación a definitivas de las medidas provisionales, ya que, entre otras cosas, el contenido de las medidas provisionales y de las definitivas no es idéntico, pues mientras que en las medidas provisionales se incluye en el concepto de contribución a las cargas cantidades debidas por distintos títulos, en las medidas definitivas

¹³ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 144 y 145.

¹⁴ Tanto los artículos 90, 91, 103, como 1318 fueron introducidos por leyes de reforma del Código civil en 1981.

han de distinguirse diferentes partidas de pensión compensatoria y alimentos, ya que la regulación de ambas prestaciones divergen, como veremos posteriormente¹⁵.

Como hemos señalado, la obligación de la contribución a las cargas se encuentra ligada al régimen matrimonial, por expresa determinación legal, de forma que esta obligación no se extiende en principio a las familias no matrimoniales, y sólo los cónyuges podrán exigir el establecimiento de la medida de contribución a las cargas.

Sin embargo, entendemos que el deber de contribución a las cargas es una obligación legalmente impuesta, consistente en procurar la supervivencia a la propia familia, ligada a la obligación alimentaria, a la que rotundamente incluye, por lo que su extensión a las situaciones no matrimoniales no debería resultar odiosa¹⁶.

El contenido de “las cargas” no se encuentra claramente determinado, y se pueden entender comprendidos en éstas aquellos gastos tendentes a costear las necesidades familiares. Entre éstas, básicamente se distinguen dos conceptos; el de alimentos destinados a los hijos y el de una cantidad suplementaria destinada a los gastos del cónyuge, con la finalidad de proporcionar recursos para afrontar los diferentes gastos comunes necesarios para el mantenimiento de cada uno de los miembros de la unidad familiar: vivienda, alimentación, sanidad, vestido, transportes, ocio, etc¹⁷.

¹⁵ Las SS de 18 de diciembre de 1995 de la Audiencia provincial de Zaragoza (@531/1996) y 25 de marzo de 1998 de la Audiencia provincial de Toledo (ED 98/2843) indican la necesidad de distinguir las distintas partidas.

En el mismo sentido, y citando la SAP Madrid de 16 de julio de 1990, VEIGA NICOLE, *La pensión de alimentos...*, ob. cit., pág. 128.

¹⁶ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 38, se refiere a la confusión entre los conceptos de cargas matrimoniales y cargas familiares, debiendo existir estas últimas allí donde hubiera una familia, ya sea de carácter matrimonial o no matrimonial.

¹⁷ VEIGA NICOLE, *La pensión de alimentos...*, ob. cit., pág. 125, indica que es también contribución a las cargas el cuidado de los hijos o del hogar que realiza el progenitor guardador, ex. Art. 1438 C.c., y, por otra parte, cuando hijos con ingresos propios convivan con la familia, estos ingresos valorarse como computables, de acuerdo con el artículo 155.2º C.c..

También se incluye en las cargas, por expresa determinación legal, las llamadas *litis expensas*, elemento de naturaleza especial al que nos referiremos con posterioridad, así como otras cantidades como la destinada al pago de la hipoteca de la vivienda familiar¹⁸, etc.

4. 1. Contribución a las cargas en las medidas provisionales

En el ámbito del proceso matrimonial, el artículo 103.3º. C.c. regula concretamente la medida de contribución a las cargas, la cual sólo existe en tanto la sentencia de nulidad, separación o divorcio no sea eficaz, y supone el establecimiento de una cantidad con la que los cónyuges deberán contribuir a los gastos familiares, que se traducirán en dos conceptos principales una vez finalice el proceso, puesto que en las medidas definitivas, una vez que se entiende que la ruptura familiar es definitiva, se determinarán para cumplir la misma finalidad, una pensión de alimentos para los menores y una eventual pensión compensatoria para el cónyuge desfavorecido económicamente por la crisis matrimonial¹⁹.

Como indicábamos, es improcedente fijar en medidas definitivas contribución a las cargas, porque ello no es compatible con la inexistencia de régimen económico matrimonial, y, además, en el plano práctico, si no se distingue en las medidas definitivas entre alimentos y pensión compensatoria pueden surgir problemas en la ejecución²⁰, en la modificación, y en la extinción de las medidas²¹.

PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 50, indica que también existe un deber de contribución de los hijos si conviven en la unidad familiar.

¹⁸ El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de marzo de 1996 (AC 1996/1602) indica que se pueden incluir en la medida de contribución a las cargas las obligaciones contraídas frente a terceros, cual los préstamos personales o hipotecarios, y lo mismo señala BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario y terceros: medidas cautelares en el proceso de familia, Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, Cuadernos de derecho judicial; Madrid, 1995, pág. 88.

¹⁹ El auto de la AP Madrid de 28 de febrero de 1997, AC 1997/824, apunta que es en sede de medidas provisionales donde han de solicitarse y concederse la medida de contribución a las cargas.

²⁰ En relación con la ejecución de las medidas provisionales, el artículo 113 de la LGT prevé la colaboración de las autoridades tributarias con las judiciales para localizar bienes

Las litis expensas

La referencia a las *litis expensas* en el artículo 103 del Código civil supone la posibilidad de otorgar a uno de los cónyuges el beneficio de que sea el otro cónyuge el pagador de los gastos judiciales en los que el primero incurra en virtud de la iniciación del proceso matrimonial, concretado en una cantidad líquida o liquidable²².

del deudor para ejecutar “resoluciones judiciales firmes” (y posiblemente la autoridad tributaria se cuestionará si una medida provisional es una resolución firme) en general, mientras que cuando se tratara de ejecutar resoluciones no firmes se mantendría la limitación, en el ámbito civil, a los supuestos en los que fuera tendente a facilitar el pago de cantidades debidas por alimentos a menores, mientras que en lo relativo a cantidades debidas entre cónyuges o excónyuges ello no sería posible, por lo que nuevamente, la falta de concreción de los conceptos por los que se deben las cantidades podría producir problemas. (El art. 1454 LEC disponía, según el contenido dado por la ley 51/1997, la obligación del tribunal de dirigirse, a instancia de parte, a las autoridades tributarias para investigar el patrimonio del deudor, mas la ley de acompañamiento de los presupuestos de 1998 redujo la vinculación de las autoridades tributarias. Véase DÍEZ-PICAZO, Ignacio; «Reforma y contrarreforma del art. 1454 de la LEC: una tomadura de pelo»; *Tribunales de Justicia* 1998/4, pág. 381 y ss., y «Un nuevo apunte sobre el tema de la colaboración de la Administración Tributaria con los órganos judiciales»; *Tribunales de Justicia* 1999/3, pág. 203 y ss.). En la nueva LEC se establece la posibilidad de investigación judicial del patrimonio del ejecutado con carácter general (art. 590), y el deber de colaboración de personas y entidades públicas y privadas (art. 591).

Otra cuestión similar es la que se podría plantear en relación con la renuncia a las cantidades futuras: las cantidades en concepto de alimentos para los hijos son de imposible renuncia, mientras que por otros conceptos se puede renunciar, así como compensar.

²¹ Así, por ejemplo, si el progenitor pagador de la cantidad por contribución a las cargas solicita la modificación o eliminación de la medida por contraer nuevo matrimonio su anterior cónyuge, entendiéndose que en ella se englobaba el concepto de pensión compensatoria, bien puede obtener la respuesta de que la contribución a las cargas era una cantidad debida únicamente en concepto de alimentos para los menores, y que por lo tanto el matrimonio del excónyuge no influye en la modificación de dicha cantidad, o por el contrario, puede obtenerse un pronunciamiento que disminuya en gran parte dicha cantidad por entenderse que la pensión compensatoria ocupaba gran parte de la cuota de la cantidad de contribución a las cargas, con el consiguiente perjuicio para el preceptor. En este sentido, en la S de 25 de marzo de 1998 de la Audiencia provincial de Toledo (ED 98/2843) se considera que al no diferenciarse con claridad los alimentos de la pensión compensatoria, se entiende que la cantidad de contribución a las cargas se encuentra dividida entre las personas beneficiarias mancomunadamente, pudiéndose extinguir la parte correspondiente a alimentos al hijo mayor de edad capaz de procurarse empleo.

²² En el derecho alemán también se recoge una medida provisional de pago de gastos judiciales en el proceso matrimonial y sus procesos derivados: en el artículo 620.9 ZPO se indica que “Das Gericht kann im Wege der einstweiligen Anordnung auf Antrag regeln:

Su origen es jurisprudencial²³, y su relación con el sistema de derecho material es confusa, quizá por este origen; así, es posible su adscripción a la obligación de contribución a las cargas del matrimonio²⁴, o bien a la obligación de asistencia y socorro mutuo existente entre los cónyuges y los convivientes, o simplemente a la necesidad de proporcionar igualdad de armas en el proceso a los cónyuges.

Por ello, es igualmente vaga la delimitación de su concesión²⁵, aunque entendemos evidente que la obligación se inscribe en la de contribución a las

die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Ehesache und Folgesachen". ZÖLLER, *ZPO*, (Begründet von Zöller, Reinhold, Reinhold *et alii*); Colonia: 1997, 20ª. edición, p. 1409, apunta que esta obligación se podrá extender a los procesos matrimoniales y sus procesos derivados, como aquel en el que se reclaman alimentos para los menores, así como a los gastos procesales de las medidas provisionales, mas que no se podrán solicitar en los procesos autónomos de familia, en los que se podrán pedir medidas provisionales no en el proceso principal, sino en el proceso secundario o pieza separada.

Un presupuesto para su concesión es que la obligación exista en el derecho material, que puede ser de derecho extranjero, el cual puede ser de difícil averiguación, caso en el que el derecho alemán debe aplicarse. BAUMBACH, *ZPO*, 55ª. edición, Munich, 1997, p. 1567.

El Code civil francés también recoge entre las medidas provisionales la de provisión de gastos judiciales que uno de los esposos deberá entregar al otro, en su artículo 255.

²³ LÓPEZ y LÓPEZ, *Derecho de familia*, (con Roca, Valpuesta *et alii*), Valencia, 1991, p. 179, así como BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*; Granada, 1997, p.166, y PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 217.

²⁴ PASTOR ÁLVAREZ, *El deber de...*, ob. cit., pág. 219 apunta que la *litis expensas* no se contempla en relación con otros miembros de la familia, sino únicamente entre cónyuges.

²⁵ En el caso de considerarse el derecho a las *litis expensas* dentro de una obligación genérica de mantenimiento de la familia, matrimonial o no, la obligación seguiría existiendo en aquellas situaciones en las que la relación económica de dependencia basada en la unión matrimonial siguiera vigente, es decir, se descartarían aquellas en las que los cónyuges se encontraran separados por largo tiempo, con independencia económica, y se incluirían aquellas otras en las que los convivientes litigaran con el fin de regular su ruptura, mas por el contrario entendemos que, fuera de la concreción legal, únicamente el desarrollo jurisprudencial podrá en algún momento extender la concesión de las *litis expensas* a los convivientes, o excluirla en aquellas otras situaciones de inexigibilidad moral del pago.

Por otra parte, de estimarse que el instituto de las *litis expensas* consiste en un instrumento inscrito en el ámbito de los procesos entre cónyuges con la finalidad de proporcionar igualdad a aquellos que desean regular sus relaciones familiares, no se excluiría ni tan siquiera la concesión de la *litis expensas* a los divorciados, incluso por sentencia firme, que acudieran al proceso para solicitar la ejecución de la sentencia o la modificación de las medidas definitivas, sin embargo, entendemos que esta función la cumple el sistema de justicia gratuita.

cargas²⁶, pues el artículo 1318 C.c., donde se regulan como una especialidad de la obligación de contribución a las cargas, se encuentra entre las disposiciones del llamado régimen económico matrimonial primario²⁷ –por lo que es exigible independientemente del régimen económico matrimonial vigente entre los cónyuges-, y el artículo 103 del Código civil, relativo a las medidas provisionales, también se refiere a las *litis expensas* como a una parte de la obligación de contribución a las cargas. Precisamente por su adscripción al sistema económico matrimonial, el límite a su concesión será la disolución de dicho régimen económico, que de acuerdo con el artículo 95 del Código civil, se producirá con la sentencia firme de nulidad, divorcio²⁸ y separación²⁹.

La relación de la obligación de pago de *litis expensas* con la existencia del vínculo matrimonial es palmaria; se trata de una obligación que se mantiene en las situaciones de crisis matrimonial, patente en la dicción del artículo 103 del Código civil, que las regula incluyéndolas en la medida genérica de contribución a las cargas.

A causa de la ubicación de esta referencia en el capítulo correspondiente a las medidas provisionales, por parte de la doctrina, así como en la práctica de numerosos Juzgados y Audiencias, se considera que sólo se podrá solicitar en la pieza de medidas provisionales, y no en la

²⁶ En este sentido se manifiesta NIÑEROLA GIMÉNEZ, *Las litis expensas*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, (con Zarraluqui, Polo, Vaillo *et alii*); Madrid: 1997, pág. 385.

²⁷ En este sentido, BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario...*, ob. cit., pág. 99 y 100, apunta la pertenencia de las *litis expensas* al régimen matrimonial primario, y su inexigencia desde que se dicte la sentencia de separación, nulidad o divorcio, por no regir los deberes interconyugales y desaparecer por lo tanto su fundamentación.

²⁸ LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*. Madrid: 1994, pág. 306, así como NIÑEROLA GIMÉNEZ, *Las litis expensas...*, ob. cit., pág. 410.

²⁹ La S de 10 de octubre de 1994 de la Audiencia Provincial de Zaragoza (AC 1994/2429) establece, creemos que correctamente, que no cabe la concesión de la *litis expensas* al previamente separado en virtud de sentencia firme en autos de divorcio, puesto que desaparecerían con la sentencia de separación matrimonial los deberes de ayuda y socorro mutuo en que se inscriben las *litis expensas*, mientras que en la S 1 de septiembre de 1993 de la AP de Huesca, ED 93/14448, se señala que existe la obligación familiar de facilitar *litis expensas* al otro cónyuge hasta el momento de decretarse el divorcio o la nulidad.

demanda³⁰. Consideramos que esto es absurdo, pues la finalidad de que las *litis expensas* se regulen en el artículo 103 del Código civil, correspondiente a las medidas provisionales, es que desde el inicio del proceso el cónyuge sin medios económicos pueda litigar a expensas del cónyuge que sí los tiene, y no ha de eliminarse la posibilidad de solicitarlas en el pleito principal, dado que el artículo 1318 del Código civil las regula de forma general, y no existe norma que lo excluya³¹.

Para que se conceda, el cónyuge solicitante deberá carecer de bienes para satisfacer los gastos que le produzca el pleito, y esta insolvencia podrá darse por no poseer bienes propios o gananciales, o por no tener la administración de éstos -si bien entendemos que cuando se liquiden los suficientes deberá devolverse la cantidad al cónyuge pagador³²-, extremos en todo caso que habrán de ser demostrados por el solicitante³³.

Relación de las *litis expensas* y el derecho de justicia gratuita

Nos cuestionamos la relación de las *litis expensas* con el derecho a la justicia gratuita, que de acuerdo con BACHMAIER tiene como finalidad “asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, y

³⁰ LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso...*, ob. cit., pág. 302.

SS. de la AT de Oviedo, de 16 de julio de 1987 y 5 de marzo de 1984, y S. de 9 de noviembre de 1994 de la AP de Almería (@8/1995) y las SS de la AP Murcia de 25 de mayo de 1993, de la AP de Tarragona de 3 de junio de 1993, de la AP Madrid de 3 de noviembre de 1992.

Por el contrario, la SAT de Albacete, de 9 de abril de 1987 se inclina por admitir su solicitud en la demanda.

³¹ RICH OLIVA, *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 78, entiende que existen dos clases de *litis expensas*: las provisionales, del art. 102, y las definitivas, del art. 1318 C.c. En esta línea, en el derecho alemán, la medida de *litis expensas* es susceptible de aplicarse en cualquier instancia y proceso matrimonial, aunque no en otros procesos de familia. BAUMBACH, *ZPO...*, ob. cit., p. 1567.

³² SAT Oviedo de 24 de abril de 1987, SAT de Granada, SAP de Madrid, Secc. 22, de 11 de feb. de 1993, SAT de Zaragoza de 11 de abril de 1986.

STS de 8 de octubre de 1953 y 21 de abril de 1954.

³³ SS. TS de 28 de abril de 1956 y 26 de marzo de 1958, SAP de Madrid de 21 de enero de 1993.

no como un servicio público cuyos gastos deban ser asumidos en todo caso y respecto de cualquier ciudadano por el Estado”³⁴.

Los preceptos que relacionan la institución de la *litis expensas* con el derecho a la justicia gratuita son el artículo 1318 del Código civil y el artículo 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita.

El artículo 1318 del Código civil condiciona la concesión de *litis expensas* a que la posición económica del cónyuge con mayores medios económicos impidiera, por imperativo de la ley, la obtención del beneficio de justicia gratuita al cónyuge más pobre.

Por otra parte, en el artículo 36 de la L.1/1996 se establece que cuando se concedan *litis expensas* por resolución firme en procesos en los que se haya concedido el beneficio de justicia gratuita, el letrado y procurador podrán exigir el pago a la parte condenada a pagarlas.

Parece que ambos preceptos se contradicen, pues en el art. 1318 se establece la subsidiariedad de las *litis expensas*, y en el 36 L.1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita la de el derecho a justicia gratuita.

Entendemos que ante la contradicción han de ser aplicables los criterios contenidos en la ley de 1996, por ser ley posterior, y porque en relación con las medidas provisionales la restricción del 1318 C.c. no se recoge expresamente, por lo que consideramos que las *litis expensas* han de ser concedidas sin tenerse en cuenta la posibilidad de obtener un derecho a justicia gratuita o incluso que se haya concedido, pues en este último caso, de acuerdo con el art. 36.4 de la ley 1/1996, se puede exigir al beneficiario de *litis expensas* el pago de los honorarios, devolviendo a su vez los profesionales las cantidades obtenidas con cargo a fondos públicos (36.5).

En relación con la posibilidad de solicitar ambos beneficios, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no impide la petición simultánea, como señala GUTIÉRREZ ZARZA³⁵, sino que la supone, al referirse en el artículo 36.4 al

³⁴ BACHMAIER, *La asistencia...*, ob. cit., p.3

³⁵ GUTIÉRREZ ZARZA, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*; Madrid: 1998, p.103.

reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita en el mismo pleito en el que se concedan las *litis expensas*. Ha de tenerse en cuenta además que es más beneficioso para la parte solicitante obtener las *litis expensas* que el derecho a justicia gratuita, pues las primeras proporcionan libertad para designar al abogado y procurador, lo cual puede tener ventajas en cuanto que puedan estar al nivel de los de la parte contraria, o cuenten con la confianza del litigante, mientras que la obtención del derecho a justicia gratuita supone el nombramiento de oficio de abogado y procurador.

Estas instituciones no tienen la misma naturaleza, lo cual se manifiesta en la posibilidad de concesión de ambas. Mientras que las *litis expensas* implican la obligación de pago de costas al cónyuge con medios económicos al que no los tiene, el beneficio de justicia gratuita asegura el acceso al proceso a los cónyuges en igualdad de medios. Una vez que el acceso al proceso se asegura por medio de la justicia gratuita, entendemos que es posible la concesión de las *litis expensas*, lo que permitirá al cónyuge solicitante nombrar la defensa que desee.

Esto supone además que sea la sociedad matrimonial la que afronte estos gastos, y no el Estado, lo cual es más adecuado dada la vinculación de los bienes de los cónyuges al régimen económico matrimonial, de acuerdo con lo establecido legalmente.

En tanto no exista una sentencia de nulidad, separación o divorcio, los cónyuges pueden obtener tanto el derecho a la justicia gratuita como las *litis expensas*, sin embargo, una vez eficaz dicha sentencia únicamente podrán obtener el derecho a litigar gratuitamente, pues como indicábamos, las *litis expensas* se vinculan a la pervivencia del régimen económico matrimonial, y la contabilización de los ingresos de los cónyuges para la obtención del derecho se hará de forma independiente, según se establece en el art. 3.2 de la ley 1/1996, pues se entiende que no existe unidad familiar desde entonces³⁶.

³⁶ En el artículo 3.2.a) se concreta que no se computará como unidad familiar en las situaciones en las que los cónyuges se encontraran separados legalmente, es decir, que no se computarán conjuntamente los ingresos de ambos, por una interpretación a sensu contrario,

La ley 1/1996, de 10 de enero regula en su artículo 3º. los requisitos básicos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, y no es posible obtener el derecho si el cómputo anual de los ingresos de la unidad familiar supera el doble del SMI. Sin embargo, el cómputo de los ingresos puede hacerse de forma individual, como se establece en el artículo 3.3 de la ley: “Los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia”, y, consecuentemente, se puede interpretar que en los procesos matrimoniales existen intereses familiares contrapuestos, y que incluso desde las primeras actuaciones procesales encaminadas a la regulación de la ruptura el cómputo de los ingresos familiares habrá de desgajarse en virtud de la existencia de intereses contrapuestos, si bien, como COLOMER, apunta acertadamente que ante la existencia de intereses familiares contrapuestos el cómputo individual de los ingresos es una facultad, y no una obligación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita³⁷.

Consideramos que el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita no ha de ejercer como elemento de exclusión de la concesión de *litis*

ya que se indica que “constituyen modalidades de unidad familiar... la integrada por los cónyuges no separados legalmente”. Señala BACHMAIER, *La asistencia...*, ob. cit., p. 64, que la definición recogida de unidad familiar coincide con la que rige a efectos fiscales, incluida tras la indicación del Consejo General de la Abogacía relativa a la necesidad de precisar el contenido de ésta.

En cuanto a la concepción de unidad familiar, COLOMER HERNÁNDEZ, *El beneficio de justicia gratuita*; Valencia: 1999, p. 48, critica la falta de regulación de las situaciones en las que existe unidad patrimonial y de destino, tales como de unión de hecho.

³⁷ *Ibidem*.

El artículo 3.3 de la citada ley ejercería de válvula de “justicia”, dada su naturaleza potestativa, en situaciones tales como las de separación de hecho de los cónyuges, en las que sería contrario a la equidad que se mantuviera el sistema de solidaridad económica –es decir, situaciones de separación de hecho prolongada-, o aquellas otras en las que la suma de los ingresos de los cónyuges superara el límite establecido para obtener el beneficio, pero que cuantificados individualmente pudiera significar la concesión a ambos cónyuges del citado beneficio.

*expensas*³⁸, puesto que ambas figuras tienen una finalidad y sobre todo, un presupuesto material diverso; es decir, que mientras que el derecho a la justicia gratuita ejerce como elemento igualador del proceso, garantizando la asistencia letrada a las partes, la *litis expensas* es una manifestación de las relaciones económicas entre los cónyuges concretado en el régimen económico matrimonial, que suponen la solidaridad de los cónyuges en cuanto al pago de las costas procesales³⁹. Por otra parte, las *litis expensas* son una consecuencia de una relación jurídica especial, la matrimonial, que se distingue de la medida que otorga el derecho a la justicia gratuita por su naturaleza administrativa, encaminada al aseguramiento del acceso a la justicia de las partes en igualdad⁴⁰.

Por todo ello entendemos que, una vez concedido el beneficio de justicia gratuita, facilitando la defensa de las partes, en todo caso, habrán de concederse las *litis expensas* cuando uno de los cónyuges litigantes no tuviera recursos económicos y el otro sí, siempre que el régimen económico matrimonial siguiera vigente, es decir, mientras que no fuera disuelto por sentencia firme.

³⁸ Consideramos que, en todo caso, el juzgador ha de entrar en la posibilidad de conceder *litis expensas* aunque no haya sido solicitado el reconocimiento del beneficio de justicia gratuita, por tratarse de una medida de contenido material basada en la obligación conyugal de contribución a las cargas. En contra de esta tesis, en la SAP de Orense de 1 de julio de 1998 se señala que “la posibilidad de valoración individual de los medios económicos cuando... se acredite la existencia de intereses contrapuestos, como ocurre en un procedimiento de separación contenciosa...conlleva que... la actora pudo haber obtenido aquel beneficio, por lo que no procede la fijación de *litis expensas*”. Consideramos que esta limitación a la concesión del derecho a la *litis expensas* es completamente arbitrario, ya que, como hemos indicado, la solicitud del beneficio de justicia gratuita no ha de ser en ningún caso preceptivo.

³⁹ Sin embargo, BACHMAIER, *La asistencia jurídica*,..., ob. cit., p. 166 y ss., entiende que la figura de las *litis expensas*, inscrita en la obligación de contribución a las cargas, es un anacronismo.

⁴⁰ Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita se ha desjudicializado a raíz de la normativa de 1996; según indica la exposición de motivos de la ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la evaluación del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento del derecho *no es en sentido estricto una función jurisdiccional, aunque así se haya mantenido tradicionalmente en nuestra legislación procesal*.

4. 2. Contribución a las cargas en la separación de hecho

Vigente el matrimonio, y cuando uno de los cónyuges incumpliere su deber de contribuir al levantamiento de las cargas, existe la posibilidad de articular medidas cautelares que solucionen la falta, sin precisar entablarse un procedimiento de nulidad, separación o divorcio: el artículo 1318 del Código civil incluye la facultad del Juez, a petición de parte, de dictar “*las medidas cautelares que estime conveniente a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer las necesidades futuras*”, por lo que entendemos que estas medidas se podrán adoptar de forma provisional.

La vía procesal para su obtención será la de la jurisdicción voluntaria, de acuerdo con la disposición transitoria décima de la ley de 13 de mayo de 1981.

-Las litis expensas

En lo relativo a la materialización del derecho de *litis expensas* en un procedimiento diverso al de nulidad, separación o divorcio, nada obsta a ello, dado que el artículo 1318 del Código civil alude genéricamente a litigios contra el otro cónyuge, posibilitándose vincular bienes privativos del cónyuge para el caso de litigar contra éste o contra tercero si redunde en beneficio de la familia.

La vía procesal para su consecución será la de la jurisdicción voluntaria, de acuerdo con la DT 10ª.2 Ley 13 de mayo de 1981, donde se dispone que ésta será la apropiada para resolver cuestiones relativas a las relaciones patrimoniales de los cónyuges cuando por su naturaleza precisen una resolución urgente, mientras que si se desea solicitar en determinado proceso, ello se podrá hacer directamente, y siempre al órgano judicial competente del pleito principal⁴¹.

⁴¹ NIÑEROLA GIMÉNEZ, *Las litis expensas*, ..., ob. cit., pág. 390 y 392, indica que ante el rechazo de la solicitud en sede voluntaria podrá acudir a la jurisdicción ordinaria, sin que lo resuelto en el expediente produzca efecto de cosa juzgada.

La solicitud en la vía ordinaria, y dada la falta de regulación, podrá articularse a través del procedimiento incidental o en el procedimiento ordinario según la cuantía, posibilidades ambas admitidas por la jurisprudencia, dependiendo del momento de la solicitud⁴².

4. 3. Alimentos

Decíamos anteriormente que en la medida de contribución a las cargas se incluyen dos medidas de gran trascendencia, y que se engloban en sede de medidas provisionales en el concepto de contribución a las cargas. Dichas medidas son, como hemos señalado, la de alimentos para los hijos menores y la pensión compensatoria o de desequilibrio económico, si bien podríamos englobar dentro de la medida de contribución a las cargas otras tales como la pensión de alimentos al cónyuge, distinta a la pensión compensatoria.

En el ámbito de las medidas provisionales los alimentos para los hijos o el cónyuge se calificarán habitualmente como de contribución a las cargas, si bien nada impide que incluso en medidas provisionales se distingan estos conceptos.

4. 3. 1. Beneficiarios

La obligación alimenticia se encuentra regulada en el Código civil en los artículos 142 a 153 con carácter general, en el título VI del libro I, rubricado “De los alimentos entre parientes”, en donde se establece que alimento será lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación mientras el alimentista sea menor de edad y aún después si no terminó su formación por causa que no le sea imputable.

⁴² La elección de una de las dos tramitaciones dependerá del momento procesal en el que se solicite: si el proceso está en curso, lo adecuado será tramitarlo por los incidentes, mientras que si ha finalizado, el procedimiento adecuado será el declarativo ordinario. NIÑEROLA GIMÉNEZ, *Las litis expensas*, ..., ob. cit., pág. 393.

El derecho alimenticio no se vincula a la culpabilidad en cuanto a la situación en la que se encuentre el acreedor alimenticio, salvo en el caso de los hijos mayores de edad; en cuanto al cónyuge, no existe, como en el derecho alemán, cláusula alguna sobre la limitación por grave falta de equidad⁴³

Esta obligación consistente en contribuir a la subsistencia de los miembros de la propia familia, sólo puede exigirse en las situaciones amparadas por la ley, es decir, en las que exista una situación de necesidad y además un vínculo familiar, que se limita a la relación entre ascendientes y descendientes y a la creada por medio del matrimonio entre los cónyuges, incluyéndose limitadamente la obligación entre hermanos, si bien su obligatoriedad puede originarse en un pacto.

Por lo tanto, las personas unidas por vínculos afectivos, calificables o no de familiares, pero que no se encuentren en las situaciones reguladas por la ley, no podrán exigirse alimentos, salvo pacto. Este es el caso de los convivientes o exconvivientes, que podrán exigirse cantidades dinerarias, mas no dependientes de la obligación alimenticia, salvo pacto (alimentos convencionales), sino consecuencia de otro tipo de causa, como puede ser el enriquecimiento injusto, o el resarcimiento de gastos por incumplimiento de promesa matrimonial (STS 16 de diciembre de 1996⁴⁴), o por el principio

⁴³ La acción de prestación de alimentos será denegada, reducida o limitada temporalmente cuando el requerimiento de la prestación supusiera para el cónyuge obligado a ella una grave falta de equidad, aún teniendo en cuenta los intereses del hijo común de cuya educación y cuidado se ocupara el cónyuge beneficiario, de acuerdo con el artículo 1579 del Bürgergesetzbuch. La falta de equidad, según este precepto sería la corta duración del matrimonio, la actuación delictiva o de falta grave premeditada del cónyuge beneficiario contra el obligado o los familiares cercanos a éste, que el cónyuge beneficiado hubiere provocado voluntariamente su indigencia, que hubiere hecho caso omiso intencionadamente de intereses patrimoniales notables para el cónyuge obligado, que hubiere incumplido gravemente sus obligaciones de contribuir al sustento de la familia durante cierto tiempo antes de la separación, que le sea imputable una conducta abiertamente incorrecta y provocada únicamente por él en contra del otro cónyuge, u otras causas igualmente graves. EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*; Madrid: 1998, pág. 444 y 445.

⁴⁴ LLEBARIA SAMPER, «Consecuencias de una connivencia prometiendo en matrimonio: Indemnización y analogías matrimoniales: comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996», en *La Ley*, 15 de septiembre de 1997, n.º. 4373.

general de protección del conviviente perjudicado (STS de 10 de marzo de 1998⁴⁵).

Huelga decir que, en principio, los descendientes matrimoniales y los no matrimoniales tienen los mismos derechos alimenticios, si bien la absoluta igualdad que debería producirse, propugnada por la Constitución Española, no se cumple en el plano procesal, ya que no se encuentran regulados los procesos de ruptura de la relación paramatrimonial, con la consiguiente falta de garantías para las familias no matrimoniales, y, concretamente, para los hijos no matrimoniales, lo que la nueva LEC, con el procedimiento “de menores” no ha llegado a subsanar⁴⁶.

4. 3. 2. Contenido de los alimentos

Los alimentos son debidos a los hijos menores, y a los mayores siempre que convivieran con el otro progenitor y no tuvieran medios propios de subsistencia; el artículo 93 del Código civil, relativo a los efectos comunes a la separación, nulidad o divorcio, se refiere a la obligación del Juez de fijar alimentos para los mayores o emancipados que convivieran en el hogar que “carecieran de ingresos propios”, mientras que el art. 142, al que remite, señala el contenido de los alimentos, incluyendo en éstos la educación e instrucción del alimentista incluso cuando éste sea mayor de edad, “cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable”.

Por lo tanto, los alimentos para los mayores de edad se extenderán a los gastos de manutención en todo caso, cuando carecieran de ingresos propios, incrementándose con los de educación e instrucción cuando el hijo no haya terminado su formación, siempre que ello no sea por su culpa.

Esta ampliación del derecho alimenticio vino provocada por situaciones de palmaria injusticia en las que el padre guardador debía hacerse cargo de manera exclusiva de los gastos del hijo mayor de dieciocho años, al

⁴⁵ ED 98/7057.

⁴⁶ Ver el apartado correspondiente a las familias de hecho en los elementos materiales de las medidas provisionales, Capítulo III.

desaparecer la obligación del progenitor que antes debía pagar, dado que el hijo no era independiente económicamente⁴⁷.

Por otra parte, en general, en lo relativo a la determinación cuantitativa de los alimentos, no existen parámetros en nuestro sistema jurídico ni judicial, a diferencia de otros países como Alemania, Canadá o California, en los que se han establecido tablas porcentuales en las que se tiene en cuenta básicamente los ingresos del obligado y la edad y número de alimentistas, sistema que puede otorgar una cierta seguridad a los progenitores en cuanto a la anticipación del fallo, con lo que los acuerdos extrajudiciales se favorecen.

Defendemos en este sentido que se regule en detalle el procedimiento de ruptura familiar, dejando al arbitrio del Juez la valoración de la prueba de la causa de nulidad, separación o divorcio, la decisión relativa a la guarda del menor y el resto de medidas de contenido no económico, mientras que las medidas patrimoniales se habrían de establecer o al menos delimitar por máximos y mínimos, al estilo de la *Düsseldorfer Tabelle*⁴⁸, que ayuda a la

⁴⁷ En ocasiones, existe abuso del derecho con refrendo judicial: así, la S AP de Las Palmas de 28 de abril de 1998 (ED 98/5457) aumenta los alimentos del hijo porque éste pierde un trabajo, y por otra parte, más sensatamente, en la S AP Toledo de 25 de marzo de 1998 (ED 98/2843) se declaran extintos los alimentos para un hijo mayor capaz de procurarse trabajo, independientemente de que éste sea fijo, en la S de la AP Valencia de 29 de enero de 1998, se eliminan los alimentos de un hijo que rechaza un trabajo ofrecido por requerimiento notarial (se entiende que a instancias del padre), y la S AP de Madrid de 21 de abril de 1998 (AC 1998/728) limita la prestación de los alimentos a un hijo mayor de edad al cumplimiento por éste de la edad de 24 años, si antes no obtiene independencia económica, dada la escasa dedicación a los estudios y desinterés en su andadura temporal, y la S AP Madrid de 15 de abril de 1998 (AC 1998/731) elimina la pensión alimenticia a favor de un hijo mayor de edad dado que obtiene ingresos económicos, incluso si su trabajo no le permite una absoluta independencia, por ser de carácter temporal, al igual que el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 1998, AC 1998/5179, confirma la cesación en el pago de la pensión alimenticia para la hija mayor de edad que trabaja.

⁴⁸ La *Düsseldorfer Tabelle* se acordó por los jueces de familia de los partidos judiciales de Düsseldorf, Köln, Hamm, y miembros de la comisión de alimentos de los Juzgados alemanes. Vid. anexo en pág. 919 de BORTH, en SCHWAB, *Handbuch des Scheidungsrechts*; München: 1989, p. 919 y ss.

CASIO LONGINO, «Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias», en *Revista de Derecho de Familia* n.º 4, julio de 1999, pág. 32, defiende la aplicabilidad de una tabla basada en el sistema californiano, y APARICIO HACKETT, «El divorcio en Canadá», en *RDF* n.º 4, jul. 1999, pág. 288, se refiere a la *Federal Child Support Guidelines*, 1996, publicada por el gobierno federal de Canadá, que contiene unas tablas fijando la cuantía de los alimentos en función del número de hijos y de los ingresos, y que varía ligeramente para cada provincia.

determinación de las pensiones alimenticias a los hijos, teniendo en cuenta los ingresos de los cónyuges y la edad de los perceptores, y cifras correctoras como un mínimo vital para el obligado al pago, así como el destino de la vivienda familiar, el título de disfrute de ésta, etc⁴⁹.

La fijación de la cuantía de los alimentos provisionales a través de tablas puede ser provechoso, aunque es preciso conocer los ingresos, situación económica de los cónyuges y necesidades a cubrir, y eso precisará de un cierto desarrollo probatorio. Este elemento puede ser paliado con la vigencia del artículo 770.1 de la nueva LEC, introducido a instancias del grupo socialista del Congreso, y que recoge la exigencia de acompañar a la demanda los documentos “que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges, y, en su caso, de los hijos...”⁵⁰.

4. 3. 3. Legitimación

En relación con la legitimación para reclamar los alimentos, existe cierta especialidad, discutida por la doctrina⁵¹, en cuanto a los alimentos para los hijos que uno de los progenitores pueda reclamar al otro progenitor, ya que se encuentra legitimado para hacerlo si el descendiente es menor de edad en todo caso, mientras que cuando el descendiente supere la edad de dieciocho

En cuanto a California, no existe tabla, sino una fórmula, “the guideline”, incluida en el parágrafo 4055 del Family Code, que se presume correcta, si bien admite desviaciones en circunstancias excepcionales. Se tiene en cuenta con esta fórmula los ingresos de ambos padres y el tiempo que pasa cada padre con el menor. Véase <http://www.leginfo.ca.gov>.

⁴⁹ Este trabajo lo podrían acometer los correspondientes Jueces de familia, y de primera instancia en general, junto con los abogados de familia y asistentes sociales, sustituyendo los actuales acuerdos relativos al procedimiento a seguir en las rupturas de familia.

⁵⁰ Este precepto tiene su justificación en normalizar una situación que de hecho se venía produciendo, al acompañarse la demanda de las inscripciones registrales del matrimonio y nacimiento de los hijos, y, sobre todo, de evitar dilaciones, al incorporarse la prueba documental desde un primer momento y permitirse la fijación de medidas provisionales de carácter patrimonial con una cierta base de conocimiento.

⁵¹ SEIJAS QUINTANA, «Consecuencias de la separación y el divorcio»; *Actualidad civil* n.º. 29, 14-20 julio 1997, pág. 646, se hace eco de la polémica existente en este tema, indicando al efecto que se han dado incluso tres sentencias contradictorias en la misma Audiencia Provincial (Asturias) sin que hasta el momento se haya interpuesto recurso en interés de la Ley por el Ministerio Fiscal.

años, en la que se alcanza la mayoría de edad pero que habitualmente no supone la independencia económica ni domiciliaria del hijo, habrá de ser éste el que exija al progenitor el cumplimiento de su obligación alimentaria⁵², con la excepción de que la solicitud coincida con la ruptura matrimonial tramitada judicialmente, en la que el padre guardador podrá solicitar los alimentos para el hijo, evitándole la intervención como parte, de acuerdo con el artículo 93 del Código civil, tras la redacción dada por la ley 11/1990 de 15 de octubre⁵³.

En relación con las medidas provisionales, entendemos que el progenitor está legitimado para reclamar, pues tanto la solicitud de medidas previas como coetáneas se enmarcan en el ámbito del proceso matrimonial al que se refiere el artículo 93 C.c.⁵⁴.

⁵² En el derecho francés, por el contrario, el progenitor guardador está legitimado para reclamar al otro los alimentos para los hijos mayores por expresa determinación legal, en el artículo 295 C.c., y en el derecho inglés, en el divorcio no pueden concederse alimentos a hijos mayores, pero sí se puede, por el contrario, mantener los otorgados en un proceso anterior a la mayoría de edad. SEIJAS QUINTANA, «Consecuencias...», ob. cit., pág. 646.

Como bien señala VEIGA NICOLE, «Las pensiones contempladas en la Ley 30/81 de 7 de julio», en *Derecho de familia; Cuadernos de derecho judicial*, 1993, X, pág. 288, los alimentos para hijos mayores ya no se encuentran, a diferencia de los correspondientes a los hijos menores e edad, afectados en su regulación por el principio inquisitivo, y que, en todo caso habrán de solicitarse, pese a la redacción del artículo 93, que señala que el juez “fijará” dicha pensión. Indica además que este enfoque es el seguido en la mayoría de las Audiencias Provinciales.

En el mismo sentido, la Consulta de la FGE n.º. 1/1992 señala que se trata de un derecho rogado.

⁵³ MARTÍN NÁJERA, «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación»; *Actualidad Civil*, n.º. 31, 1-7 septiembre de 1997, pág. 688, señala que la intervención de un tercero en el proceso, aunque sea el descendiente de las partes, únicamente puede producir distorsiones.

Entre las resoluciones a favor de la ampliación de la legitimación del padre, S de la AP de Córdoba de 5 de octubre de 1995, @399/1995, las de Pontevedra de 12 de abril de 1991, de Badajoz de 17 de febrero de 1992, de Almería de 2 de junio de 1992, de Oviedo de 25 de julio de 1992, mientras que por el contrario las de Valladolid de 7 de diciembre de 1994, Granada de 26 de junio de 1993, Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1993 han exigido al hijo ser parte, ya personándose, ya otorgando poderes.

⁵⁴ Por el contrario, sería más complicado establecer la legitimación del padre para reclamar fuera del proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio, como por ejemplo en la ejecución forzosa de los pronunciamientos económicos o en futuras modificaciones de medidas. Entendemos que en estos casos la legitimación no se ha de extender, por no estar recogida expresamente, y que habrá de respetarse el sistema general de legitimación, debiendo el descendiente mayor de edad otorgar poderes para la reclamación de que se trate.

La consecuencia de la ampliación de la legitimación⁵⁵, es que no se precisará la intervención del mayor de edad, ni que otorgue poderes a favor del padre que reclame⁵⁶.

A diferencia de lo que ocurre con los destinados a los menores, los alimentos para el mayor de edad han de ser expresamente solicitados, coincidiendo con la ruptura,⁵⁷ y para su concesión los hijos han de convivir

⁵⁵ BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario...*, ob. cit., pág. 86, entiende que la legitimación activa del progenitor con quien los hijos conviven no es en representación de los intereses de éstos, sino a título propio, y VEGA SALA, *Alimentos: hijos mayores y menores de edad, en Problemas candentes en los procesos de familia*, (con Zarraluqui, Delgado López, Ortiz-Arce, et alii); Madrid: 1995, pág. 153 y 154, señala que la legitimación será subsidiaria, porque de no ejercitar su derecho el hijo, se concede a los padres, y simultánea, porque se concede a ambos progenitores

MARTÍN NÁJERA, «*Los alimentos...*», ob. cit., pág. 692, considera que se trata de una legitimación por sustitución basada en el derecho de reembolso que asiste a quien está satisfaciendo los alimentos, y en este sentido, la S AP de Oviedo de 25 de julio de 1992 @584/92 admite la legitimación del padre incluso en la modificación de medidas, pues es el progenitor con el que conviven los hijos el acreedor de los alimentos. Consideramos por el contrario que la legitimación atribuida en estos casos es una excepción al sistema general, con base en la norma, y que no se tratará, en la mayoría de las demandas, de reclamaciones de alimentos ya pagados y consumidos, sino de determinación de alimentos futuros, o un aseguramiento del pago de dichos alimentos, por lo que el derecho de reembolso no siempre existirá.

⁵⁶ En el mismo sentido, BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario y terceros...*, ob. cit., pág. 86, apunta la falta de necesidad de otorgar poderes a favor del progenitor cuando se solicite pensión para el menor en el proceso de ruptura, y que en la práctica se suele errar otorgándolos.

Por el contrario, SANZ ACOSTA, *Consideraciones en torno a la legitimación para el ejercicio de la acción prevista en el párrafo segundo del art. 93 del Código civil*, en *Derecho de Familia; Cuadernos de Derecho Judicial*, X, 1993, pág. 494, entiende que como el hijo mayor de edad es el titular del derecho, es el único legitimado para la actuación judicial de ese derecho, y deberá constituirse en parte en el proceso matrimonial de sus padres o conferir poder al progenitor conviviente, así como MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN, *Legitimación de los hijos no sujetos a la patria potestad de sus progenitores para intervenir en los procesos matrimoniales de éstos. El párrafo segundo del artículo 93 del Código civil*, en *Derecho de familia; Cuadernos...*, ob. cit., pág. 497 y ss.

⁵⁷ VEIGA NICOLE, *La pensión de...*, ob. cit., pág. 138 y 139, remarca que la derogación del principio de rogación en lo relativo a los alimentos para hijos menores es evidente, dada la impregnación del derecho de familia de elementos de *ius cogens*, mas que en lo concerniente a los hijos mayores, y dado que no existe el interés del menor, y que existen otros requisitos diferentes para la generación del derecho de alimentos, el principio de rogación debe mantenerse. En el mismo sentido, VEGA SALA, *Alimentos: hijos mayores y menores de edad...*, ob. cit., pág. 155, entiende que estos alimentos tienen una clara naturaleza dispositiva, así como SANZ ACOSTA, *Consideraciones...*, ob. cit., pág. 491, que apunta que deriva del principio de economía procesal, y no del *favor filii*, que fundamenta los alimentos para el menor de edad, y la consulta de la Fiscalía General del

con el padre, probarse la convivencia y que no perciben ingresos, mientras que en el caso de los menores, no existe ninguno de estos requisitos y se otorgan de oficio⁵⁸.

En otro caso, es decir, cuando se soliciten alimentos fuera del proceso matrimonial de separación, nulidad o divorcio, el descendiente mayor de edad deberá ser él quien solicite al progenitor incumplidor el pago, y además el hijo será el receptor de las prestaciones⁵⁹.

4. 3. 4. Los alimentos provisionales

Es posible exigir la concreción de la obligación alimentaria en distintos procesos, como el juicio de alimentos provisionales⁶⁰, el juicio de alimentos

Estado nº. 1/1992 de 13 de febrero rechaza la posibilidad de establecimiento de oficio de la prestación a favor de hijos mayores de edad. Memoria de la Fiscalía General del Estado; Madrid, 1993, pág. 915 y ss.

⁵⁸ S AP de Barcelona de 14 de abril de 1998 (ED 98/3909).

⁵⁹ En este caso, el hijo mayor deberá otorgar poder de representación a favor de su progenitor si desea que reclame. VEIGA NICOLE, *La pensión de alimentos...*, ob. cit., pág. 137, al igual que la Consulta 1/1992, de 13 de enero.

Por otra parte, en relación con el derecho del hijo mayor de edad a percibir los alimentos, señala la Consulta 1/1992, de 12 de enero, consideramos erróneamente, que únicamente podrá ser exigible si el proceso matrimonial en el que se fijó la pensión comenzó con posterioridad al día 7 de noviembre de 1990, fecha en la que entró en vigor la Ley de 15 de octubre de 1990, la cual no tiene efecto retroactivo.

Esta limitación es injusta, además de descabellada jurídicamente: la determinación del derecho material del mayor de edad a alimentos, con origen en la reforma de 1990, ha de aplicarse a todo aquel que cumpla su mayoría a partir de la fecha, independientemente de que el proceso matrimonial de sus progenitores se haya iniciado con anterioridad. No se trata de una norma procesal, sino de derecho material, que ampara sin limitaciones la situación de necesidad que se produce al devenir los menores mayores de edad y no sustentarse autónomamente, dependiendo continuadamente de sus padres. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, además del artículo 93 C.c., relativo a la ampliación de la legitimación de los progenitores en la crisis matrimonial para pedir alimentos para el mayor, el 142 del mismo cuerpo legal, que amplía los alimentos a la mayoría de edad siempre que el descendiente estuviera educándose, y cuando no hubiera terminado su formación por causa que no le sea imputable

⁶⁰ En la Ley de enjuiciamiento civil vigente se regula, en el Título XVIII del Libro II, el juicio de alimentos provisionales, cuya naturaleza jurídica, como señala GIMENO SENDRA, *Procesos civiles especiales* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez); Madrid: 1996, pág. 66 y 67, es la de un proceso sumario, ya que la falta de instrumentalidad lo aleja de las medidas cautelares, y en él se encuentran los elementos esenciales de los procedimientos sumarios, tales como la cognición limitada, la reducción de posibilidades y cargas y la ausencia de efectos materiales de cosa juzgada. En este juicio no se dan medidas cautelares instrumentales a un proceso principal, sino que es precisamente la tutela otorgada

definitivos⁶¹, la vía autónoma del artículo 158 del C.c.⁶², que encontrará, una vez entre en vigor la nueva LEC, un cauce procesal en el proceso “de menores”⁶³, y el proceso matrimonial.

por la resolución principal la que se califica de provisional, y se mantiene en tanto no se entable un procedimiento plenario, y precisamente la característica de la autonomía distingue al juicio de alimentos provisionales de aquellos otros procedimientos en los que se pueden conceder alimentos provisionalmente, en los que además se deducirán otras pretensiones, siempre en relación con una posterior que vaciará de contenido la resolución provisional, como bien señala GIMENO SENDRA, *Procesos civiles especiales...*, ob. cit., pág. 65 y ss. Indica además que en el procedimiento de alimentos provisionales es posible que se ventilen las pretensiones de alimentos de origen no sólo legal, tal como ocurre en el resto de los procedimientos en los que se puedan solicitar con carácter provisional, sino también convencional, con lo que se podrán ejercitar en este juicio las acciones alimenticias entre los convivientes que hubieran acordado un sistema de alimentos entre sus relaciones.

En la nueva Ley de enjuiciamiento civil se elimina el juicio de alimentos provisionales como procedimiento especial y sumario, señalándose en el apartado XII de la exposición de motivos que “los procesos sobre alimentos, como otros sobre objetos semejantes, no han de confundirse con medidas provisionales ni tienen por qué carecer, en su desenlace, de fuerza de cosa juzgada. Reclamaciones ulteriores pueden estar plenamente justificadas por hechos nuevos”. En la nueva ley se establece la posibilidad de solicitar como medida cautelar alimentos provisionales en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, en el proceso matrimonial, así como en el “de menores” mientras que no se han regulado medidas provisionales de carácter alimentario para mayores de dieciocho años fuera del proceso matrimonial, con lo que habrá de acudir a la tutela cautelar innominada del art. 727.11, en el ámbito del proceso verbal, para obtener dichas medidas.

⁶¹ El juicio de alimentos definitivos se define así por la contraposición al de alimentos provisionales que realiza la propia norma, al referirse al juicio declarativo correspondiente y al juicio plenario de alimentos definitivos, en el art. 1617. Por lo tanto, no se trata de un proceso especial, sino que habrá de acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda en razón de la cuantía, y lo mismo ocurre en la nueva LEC, en cuyo artículo 250.8 se establece que el juicio de alimentos se tramitará por lo dispuesto para el juicio verbal.

⁶² Por medio del artículo 158 del Código civil, y tras la introducción del apartado primero por la ley 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se introduce otra vía privilegiada encaminada a la protección de los alimentos a los menores: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1º. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”. Además, dada la amplia redacción del precepto en su apartado final, en el que se establece que “todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria”, cabe solicitarlas en cualquier tipo de procedimiento y, por extensión, en cualquier momento procesal. Consideramos sin embargo que, de existir un procedimiento plenario en el que se entre a conocer de la cuestión alimentaria, la vía del 158 quedará desplazada y será en el ámbito de dicho procedimiento donde deban ventilarse las cuestiones concernientes.

⁶³ A partir del Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior de 28 de julio de 1999 se recogió, en el título I del libro cuarto correspondiente a los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, una ampliación del ámbito de aplicabilidad de los alimentos en el proceso matrimonial, ya que se hace referencia a los procesos que versen sobre alimentos

En el proceso matrimonial, los alimentos para menores y para el cónyuge se engloban en el concepto de “contribución a las cargas”⁶⁴, sin embargo, en la práctica, en las medidas provisionales se conceden a menudo alimentos, por influencia de las medidas definitivas, en las que sí deberán estar delimitados individualmente⁶⁵.

Los alimentos incluidos en medidas provisionales no presentan especialidades respecto al resto de medidas provisionales, y únicamente se plantean cuestiones relativas a su eficacia de las medidas, que serán efectivas desde el momento de su evacuación, a diferencia de los alimentos provisionales, que serán debidos desde el momento de la presentación de la demanda⁶⁶.

Los alimentos, en todo caso, deben otorgarse únicamente a favor del descendiente⁶⁷, si bien será el ascendiente con el que conviva el hijo el receptor formal de las cantidades debidas, y deberá hacerse a éste el pago, y no directamente al menor. El pago podrá ser en metálico o satisfaciendo

reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, indicándose que las disposiciones del título I serán aplicables a dichos procesos, introduciéndose referencia expresa a la aplicabilidad de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales en el Congreso.

⁶⁴ Decíamos que el concepto de contribución a las cargas incluye el de alimentos y es mucho más amplio, pues recoge las partidas de alimentos para los hijos, cónyuge, pensión compensatoria y gastos comunes de la unidad familiar.

⁶⁵ BAYO DELGADO, *La pensión de alimentos entre cónyuges separados, con especial referencia al derecho civil catalán*, en *Derecho de Familia; Cuadernos de derecho judicial*, X, 1993, pág. 512, cita a este efecto el Auto de la AP de Barcelona de 26 de febrero de 1991 (RGD 1991, p. 9.401): “es communis opinio admitir la solicitud de la pensión de alimentos dentro de la amplitud que permite el párrafo 3º. Del art. 103 del Código civil, e incluso, al amparo del art. 91 del Código civil, cuando habla de las medidas en relación con las cargas del matrimonio que claramente hace referencia entre ellas a los posibles alimentos entre los cónyuges derivados de la obligación de ayudarse mutuamente; derecho-obligación recogido, en términos generales, en el art. 67 en relación con el art. 143 del Código civil. Así se expresan entre otros las SS del Tribunal Supremo de 22 de octubre y 25 de noviembre de 1985 y con carácter más general la sentencia de 14 de marzo de 1961...”

⁶⁶ Véase apartado correspondiente a la eficacia de las medidas.

⁶⁷ Como hemos señalado, los alimentos para el cónyuge deben integrarse en la medida más especial de contribución a las cargas o de pensión compensatoria, según se esté en sede de medidas provisionales o definitivas; en este sentido, el auto de la AP Madrid de 29 de marzo de 1996 (AC 1996/1602) indica que no es viable ni siquiera en la litis de separación la concesión de alimentos en pro de los cónyuges.

determinados conceptos ya acordados, pues si se hiciera unilateralmente se podría entender como una liberalidad del pagador, ya que el cónyuge guardador es el administrador de dichas cantidades⁶⁸.

Es un criterio bastante extendido el señalar alimentos incluso si el progenitor no cuenta con ingresos acreditados, si bien esta tendencia se ha ido suavizando en los últimos años⁶⁹, y a diferencia con los alimentos legales en general, es decir, no solicitados en el ámbito del proceso matrimonial, se observa la propensión a aislar la obligación alimenticia, sin tener en cuenta las obligaciones del pagador respecto de otras unidades familiares, como la creada por él a partir de la crisis matrimonial, resultado absurdo, ya que en todo caso ha de tenerse en cuenta el bienestar de toda familia y sobre todo de todo hijo, por lo que debería facilitarse la determinación de contribuciones análogas para los hijos⁷⁰.

4. 4. Pensión compensatoria

La pensión compensatoria es una medida propia del proceso matrimonial que, por lo tanto, no puede ser otorgada fuera de él, y que, además, no debe ser concedida en sede de medidas provisionales, sino en la sentencia definitiva⁷¹.

Entre las medidas provisionales es la de contribución a las cargas la que cumple la finalidad de evitar un desequilibrio económico, siendo

⁶⁸ La S AP Madrid de 5 de junio de 1998 (AC 1998/5324) señala que el abono de los alimentos ha de hacerse en la forma establecida en el auto de medidas provisionales (pago al progenitor custodio) y no directamente a los hijos, incluso si éstos son mayores de edad (entendemos que este último punto es discutible).

⁶⁹ La S AP de Madrid de 24 de marzo de 1998 (AC 1998/5163) no señala alimentos para el hijo que queda con el padre a pagar por la madre por no acreditarse que tuviera recursos propios.

⁷⁰ La S AP de Madrid de 7 de julio de 1998 (AC 1998/1452) señala que la convivencia del obligado al pago con otra persona, y el advenimiento de otro hijo con ésta no es una causa de la modificación de las cuantías de los alimentos y contribución a las cargas.

⁷¹ En la S. de la AP de Madrid de 15 de septiembre de 1992 se indica que en medidas provisionales no puede concederse pensión compensatoria. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Madrid: 1995, pág. 339 y 340.

sustituída en la sentencia definitiva por la medida de la pensión compensatoria, sin embargo, es abordada ante la posibilidad de recoger entre las medidas provisionales dicha pensión, aunque ello no sea correcto⁷².

1. 4. 1. Distinción entre alimentos y compensatoria

La distinción entre la pensión de alimentos y pensión compensatoria se basa en su diversa naturaleza, contenido, origen de la obligación, beneficiarios, y causas de extinción⁷³.

⁷² En la regulación anterior a 1981 se correspondía con la pensión de alimentos, y en la actualidad es incluso posible la concesión de ambas prestaciones, si bien, como señala BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario y terceros...*, ob. cit., pág. 87, su compatibilidad dependerá de las circunstancias tenidas en cuenta para fijarlas, por lo que es imprescindible que en las sentencias se reflejen las circunstancias y consideraciones que lleven al Juez a su determinación.

La cuestión se suele plantear al contrario, es decir, que en medidas definitivas se conceda la medida de contribución a las cargas y no pensión compensatoria, lo cual no sería del todo incorrecto, aunque no es usual. Así, la A P. De Madrid de 29 de marzo de 1996 (AC 1996/1602) señala que, además de ser incorrecto conceder una cantidad por contribución a las cargas en la sentencia de separación, no es viable ni siquiera en la litis de separación la concesión en pro de uno u otro cónyuge de pensión de alimentos, por deber cobijarse las necesidades de los cónyuges en la figura de la pensión compensatoria que regula el artículo 97 del Código civil.

⁷³ Existen determinadas causas tasadas que implican la extinción de la pensión compensatoria (convivencia paramatrimonial, matrimonio y cese de la causa que lo motivó), de difícil prueba en ocasiones. La S AP Madrid de 10 de septiembre de 1998 (AC 1998/1812) señala que ante la dificultad de probarse la causa de extinción de la convivencia paramatrimonial, el órgano juzgador podrá valerse de presunciones, de conformidad con la doctrina emanada del artículo 1253 del Código civil. Además, la pensión compensatoria puede permanecer incluso tras la muerte del obligado al pago (art. 101). Por otra parte, los alimentos no son exigibles cuando la fortuna del obligado a darlos se reduzca drásticamente, cuando el alimentista pueda trabajar o mejore su fortuna, cuando cometa una de las faltas que dan lugar a la desheredación (art. 152) o incluso cuando muera el obligado (art. 150).

En conclusión, se observa una resistencia a la extinción mucho mayor en el caso de la pensión compensatoria, paralela a la correspondiente a las pensiones alimenticias con origen en la ruptura matrimonial y destinadas a los hijos, llevada incluso en ocasiones al extremo, como en el caso de la STC de 17 de febrero de 1998, RTC 98/39, en la que se acaba indicando que no cabe eliminar la pensión compensatoria ni reducir los alimentos por un cambio sustancial de los ingresos del obligado al pago, dado que según el Tribunal el cambio fue producido por el mismo obligado, al firmar voluntariamente el despido de su segundo trabajo, que complementaba el primero, de Abogado del Estado, por el que cobraba un mínimo en razón de su dedicación no exclusiva. En la práctica, consideramos, de acuerdo con el voto particular de MENDIZÁBAL ALLENDE que se ha producido una arbitrariedad, entre otras cosas por aplicarse la equidad por encima de la legalidad y por

Así, mientras que la pensión compensatoria surge con la finalidad de equilibrar la descompensación que con origen en la ruptura matrimonial se ha producido⁷⁴, la pensión de alimentos al cónyuge se basaría en la necesidad de mantenimiento de aquel que no tuviera medios para subsistir⁷⁵: mientras que es posible que el perceptor de la pensión compensatoria disponga de sus propios medios económicos, suficientes incluso para su sustento, el alimentista deberá no disponer de dichos medios.

El contenido de los alimentos viene definido en la ley como lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, en el artículo 142 C.c., mientras que el de la pensión compensatoria no se delimita, concediéndose libertad al Juez para fijar la cantidad de que se trate, que podrá exceder con mucho a lo necesario para el sustento, e incluso podrá ser muy inferior a dicha cantidad, por tener el receptor medios de subsistencia propios.

La vigencia de la pensión compensatoria viene ligada a la ruptura matrimonial, creándose una obligación que perdurará más allá de la vigencia del vínculo matrimonial, mientras que la obligación de prestar alimentos se circunscribe a aquellas situaciones en las que exista vínculo familiar o hubiera pacto de alimentos⁷⁶.

despojar al obligado de su derecho de libertad en la elección de su trabajo, consagrado constitucionalmente (art. 35.1 CE) vinculándolo de por vida al puesto de trabajo, en una suerte de esclavitud, que le permita obtener los recursos económicos suficientes como para pagar las pensiones establecidas.

⁷⁴ El artículo 97 del Código civil regula las circunstancias que se tendrán en cuenta para la fijación de la pensión compensatoria susceptible de otorgarse en la separación o el divorcio, mas no se señalan los momentos precisos en el que se ha de valorar el desequilibrio económico, sino que se hace referencia únicamente al empeoramiento en la situación respecto a la disfrutada en el matrimonio. La doctrina y la práctica han acabado determinando que las situaciones a comparar son las de la convivencia y la del cese de la convivencia. BAYO DELGADO, *Los límites de la pensión compensatoria, en Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, (con Zarraluqui, Polo Soriano, Vaillo et alii); Madrid: pág. 176.

⁷⁵ Artículo 142 en relación con el 152 3º. del Código civil.

⁷⁶ El Código civil regula en el Título IV de su Libro I los alimentos entre parientes, y concretamente en el artículo 143 y el 144 se indican los obligados recíprocamente a darse

1. 4. 2. Contenido

La pensión compensatoria es la destinada a compensar, tras la ruptura matrimonial, la situación económica del cónyuge desfavorecido patrimonialmente por la ruptura. La descompensación que se desea eliminar con la detracción del cónyuge con mayor poder adquisitivo y la consiguiente entrega al más pobre tiene carácter objetivo, es decir, que no se basa en criterios culpabilísticos, dado el sistema escogido por el legislador de 1981, lo cual puede producir paradojas desde el punto de vista del ciudadano, tales como que el cónyuge culpable de la ruptura reciba una suma vitalicia del cónyuge rechazado⁷⁷.

alimentos en toda la extensión, así, los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos, más limitadamente. Mientras que los separados siguen siendo cónyuges, pues su estado civil es el de casados, los divorciados y anulados no lo son, con lo que éstos no podrán prestarse alimentos, salvo pacto.

En este sentido, la S AP. Barcelona de 23 de febrero de 1998 (ED 98/3908) indica que no cabe alimentos para el cónyuge en el divorcio.

BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial primario y terceros...*, ob. cit., pág. 85, apunta que la pensión alimenticia debe considerarse inviable incluso en caso de separación legal por sentencia definitiva, y que es la pensión compensatoria la procedente, por ser prevalente la regulación de ésta sobre la de alimentos por su especialidad.

CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales: causas, hijos, pensiones, alimentos...*: Síntesis y ordenación de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado: formularios; Madrid: 1994, pág. 267, señala sin embargo que si bien la pensión compensatoria engloba los alimentos del cónyuge, (S. AP Barcelona de 30 del 11 de 1989), la medida de alimentos para el cónyuge y la pensión compensatoria son compatibles en tanto subsista el vínculo matrimonial, y cita al efecto las S. Del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (ED 87/8926) y de 29 de junio de 1988 (ED 88/5672).

⁷⁷ La S AP Madrid de 21 de abril de 1998 (AC 1998/728) recalca la irrelevancia de la culpabilidad en nuestro sistema legal.

La falta de consideración de la culpa para fijar los efectos de la ruptura matrimonial es una consecución exitosa de los modernos regímenes matrimoniales, sin embargo, ante las injusticias materiales que puede producir se originan corrientes correctoras: en Alemania, con origen en la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, la pretensión económica (alimentos, régimen matrimonial o compensación) de uno de los cónyuges puede ser rechazada si ha existido un comportamiento culpable manifiestamente grave, con la consecuente perturbación en el procedimiento al presentarse pruebas tendentes a demostrar dicho comportamiento. Se produce así, como señala SCHWAB; *Droit de la famille et juridiction en Allemagne, en Familles et Justice*; Paris, 1997, pág. 113 y 114, un desplazamiento del campo de batalla del divorcio a los efectos del divorcio.

Parece que, en el origen, este instrumento equilibrador fue concebido para dotar de medios económicos al cónyuge al cual la ruptura pudiera suponer una imposibilidad de mantenimiento de un nivel de vida al que venía habituado, en concreto aquellas situaciones en las que la mujer no trabajó fuera del hogar, dedicándose a las labores de éste, y eliminando por lo tanto sus posibilidades futuras de incorporación al mercado laboral⁷⁸.

La grave falta de equidad es en la actualidad el medio por el que un cónyuge acreedor en principio de una pensión compensatoria no tendrá derecho a ella. A diferencia de cuando la grave falta de equidad se esgrime en relación con el derecho alimenticio, la pensión compensatoria no puede limitarse o suspenderse, sino que no hay lugar a ella. La grave falta de equidad no se concreta tanto como en el caso de los alimentos, y se señala en el artículo 1587 c del BGB que habrán de tenerse en cuenta las relaciones recíprocas y las adquisiciones patrimoniales recíprocas; por otra parte, la grave falta de equidad puede darse cuando el cónyuge acreedor hubiere obrado de forma que las expectativas de pago de la pensión no se confirmen, así como cuando hubiere incumplido gravemente sus obligaciones de contribución a las cargas.

Por otra parte, en el derecho italiano, la declaración de culpa de uno de los cónyuges comporta una debilitación más intensa del vínculo conyugal, con la consecuente pérdida o reducción de algunos derechos de naturaleza patrimonial, tales como el de mantenimiento al cónyuge, o los derechos sucesorios. Señala AULETTA, *Il diritto di famiglia*; Torino (Italia): 1997 pág. 227, que esta es una manifestación del intento sancionador del ordenamiento hacia el cónyuge responsable de la violación de los deberes matrimoniales, pero también la exigencia de distanciamiento del vínculo del otro cónyuge, si bien en este ámbito no tienen cabida las pretensiones resarcitorias por daños derivados de la separación. FORTINO, *Diritto di famiglia*; Milano (Italia): 1997, pág. 286, también apunta que, en el ámbito de la separación por intolerabilidad de la convivencia reemerge con fuerza el concepto de culpa a través del instituto del “addebito della separazione”, que supone la atribución de ésta a uno de los cónyuges, y la afectación de los derechos patrimoniales

En el mismo sentido, el Código civil francés estipula un sistema de castigo para el cónyuge culpable de la ruptura, perdiendo las donaciones y beneficios que su cónyuge le concediera, así como sus derechos a una compensación o a alimentos, y quedando sujeto al cumplimiento del deber de socorrer al cónyuge, y pudiendo establecerse el pago de una indemnización por los perjuicios que la disolución del matrimonio pueda producir (artículos 265 a 281).

⁷⁸ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La temporalidad de la pensión compensatoria*; Valencia: 1997, págs. 15 a 17, apunta que la finalidad de la pensión compensatoria creada a raíz de la regulación del divorcio sería el mantenimiento del valor matrimonial más allá del divorcio, en una imperante concepción tradicional del matrimonio, introduciendo así una cláusula de dureza indirecta, intento de introducir un elemento ético en la valoración de algunas causas de divorcio.

Hoy en día esta concepción ha sido superada en lo relativo a varios aspectos, tendiéndose en general a la limitación de la concesión de las pensiones compensatorias⁷⁹.

En primer lugar, se ha producido una concienciación en lo concerniente al desequilibrio económico que ha de producirse para que se conceda la pensión: la ruptura produce un desequilibrio económico que los cónyuges no podrán soslayar en la mayoría de los casos, dado que es sabido que es más oneroso mantener dos viviendas que una sola vivienda, con todo lo que ello implica (alquiler o compra de la vivienda para el no beneficiado con el uso de la vivienda familiar, ajuar, gastos habituales de dicha vivienda...), y que por lo tanto no se puede pretender en ningún caso que la situación anterior a la ruptura al menos en lo económico se mantenga, incluso en lo que pueda afectar a los menores, ya que lo contrario —el mantenimiento del nivel de vida del cónyuge guardador y los hijos— produciría habitualmente el hundimiento económico si no también psicológico del progenitor no guardador, no beneficiado con la vivienda familiar y obligado al pago, y que finalmente el equilibrio no debe tender a igualar absolutamente los ingresos de los cónyuges o excónyuges⁸⁰.

⁷⁹ En el primer período de aplicación de la ley del divorcio, los años ochenta, se observa la concesión generalizada de pensiones compensatorias, no limitadas temporalmente. Véase la recopilación Jurisprudencial de GARCÍA GIL, *La separación y el divorcio en la Jurisprudencia*; Zaragoza: 1989, págs. 323 a 412, en lo relativo a la pensión compensatoria.

En cuanto a la temporalidad establecida legalmente, en las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y Navarra se limita a tres años la pensión a cargo de exconvivientes, y en Francia se está tramitando una proposición de ley relativa a la pensión compensatoria en materia de divorcio que tiene como finalidad introducir el criterio temporal en la concesión de dichas pensiones. Véase <http://www.assemblee-nat.fr/2/propositions/pion2325.htm>.

⁸⁰ La S AP Madrid de 31 de marzo de 1998 (ED 98/2944) indica que “la mayor parte de las separaciones y los divorcios tienen una incidencia negativa en la economía de ambos cónyuges y es imposible equilibrar aritméticamente la situación de ambos con la tenida en período de convivencia; por ello, la mayoría de la doctrina afirma que el equilibrio no tiene que suponer una igualdad entre los patrimonios de ambos, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos”.

En segundo lugar, se comienza a rechazar la “profesionalización del matrimonio”⁸¹, que supone la repartición de las ganancias del cónyuge de mayor poder adquisitivo al otro aún en los casos en los que éste se procurara sus propios ingresos, asimilando el matrimonio con una persona de mayor capacidad económica a la inversión en un negocio⁸².

En tercer y último lugar, la inexigencia de incorporación al mercado laboral del cónyuge que no trabajó fuera del hogar familiar viene superándose, al menos en lo relativo a matrimonios de más elevada educación, tales como son los más modernos, educados en el trabajo⁸³.

Por todo ello, está siendo habitual la defensa de la temporalidad de la pensión compensatoria⁸⁴ y la adjudicación de pensiones por un tiempo

⁸¹ Recoge ROCA TRÍAS, *Los criterios judiciales en la aplicación de la “Ley del divorcio”*, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 49, un pronunciamiento en el que se rechaza el establecimiento de pensión compensatoria, dado que los cónyuges obtenían recursos económicos análogos, y que “no todos los desequilibrios pueden dar lugar a la pensión, profesionalizando el matrimonio”.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La temporalidad...*, ob. cit., págs. 12 y 13, señala que en la práctica judicial de los últimos años se observa una tendencia generalizada a la concesión de pensiones compensatorias temporales, y que incluso se examinan los parámetros del artículo 97 C.c. en el sentido de tenerse en cuenta para establecer la concesión de la misma, es decir, que si pese a producirse un desequilibrio el cónyuge está cualificado profesionalmente y puede trabajar, es posible que no se conceda la pensión. Indica además que esta práctica “parece más coherente con el principio de dignidad de la persona y con la idea de no convertir el matrimonio en una profesión más o menos rentable, ni en una vía que asegure la consecución de un empleo”.

⁸² La S AP de Madrid de 31 de marzo de 1998 (ED 98/2944) no concede pensión compensatoria a la esposa que siempre trabajó por cuenta ajena y sigue haciéndolo.

⁸³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La temporalidad...*, ob. cit., pág. 19, señala que en la actualidad el papel de los esposos tiene un carácter más individual, provocado por “la frecuencia de los divorcios, el período de convivencia más breve, el descenso del número de hijos habidos en el matrimonio, la consolidación de la incorporación de la mujer al mundo laboral, su cualificación personal, la edad de los que se divorcian...”. Destaca esta autora además la influencia del derecho comparado en esta cuestión, ya que es común en Europa la concesión de pensiones temporales, y el Consejo de Europa ha indicado en este sentido la conveniencia de la temporalidad. *Ibidem*, pág. 23 y ss.

De todas maneras, estos criterios tampoco son absolutamente seguidos; así, La S AP Barcelona de 2 de abril de 1998 (AC 1998/669) concede la pensión compensatoria a la esposa por su dedicación exclusiva a la familia durante nueve años, incluso aunque trabaje en la actualidad.

⁸⁴ EMPARANZA SOBEJANO y EZQUERRECOCHA DEL SOLAR, *Estudio sobre el límite temporal de la pensión compensatoria entre cónyuges en caso de separación y divorcio*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias*, San Sebastián: 1992, págs. 315 a 340, analizan

limitado⁸⁵, al menos en aquellos casos en los se pueda inferir que el sujeto en cuestión podrá incorporarse al mercado de trabajo, excluyéndose por lo tanto de la temporalidad aquellas situaciones de largo matrimonio sin dedicación laboral externa del cónyuge necesitado, y la edad avanzada de éste⁸⁶.

BAYO DELGADO destaca la ventaja de delimitar la duración de la pensión compensatoria de una manera determinada: frente a términos extintivos sujetos a condición, problemáticos por precisarse a menudo una declaración judicial de concurrencia en algunos casos –por ejemplo, la obtención de un trabajo estable por el beneficiario- o por producir una perpetuación innecesaria del procedimiento –este es el caso de la limitación de la percepción de la pensión compensatoria hasta la liquidación del

la temporalidad de las medidas en caso de separación o divorcio, citando resoluciones que delimitan temporalmente el otorgamiento de la pensión compensatoria, así, indican que en el la década de los ochenta no se conocen resoluciones que limiten temporalmente la pensión, mientras que el dos de noviembre de 1989 se dicta una sentencia por la sección primera de la Audiencia provincial de Bilbao, en la que se introduce el criterio de la temporalidad en la concesión de la pensión compensatoria, así como en la S. de 13 de octubre de 1989 de la Audiencia Provincial de San Sebastián, a partir de las cuales se ha generalizado la limitación temporal de la pensión en el País vasco.

LEITE de CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*; Coimbra (Portugal): 1997, págs. 310 y 311, en relación con el sistema de divorcio portugués, indica que ha de evitarse la dependencia vitalicia de los cónyuges o excónyuges, ya que, dado que el matrimonio se extingue, todas las consecuencias patrimoniales y personales también deben extinguirse, durando entonces la dependencia económica el tiempo necesario para la adaptación del excónyuge más necesitado a una vida económica independiente. Indica acertadamente, que, en una sociedad adulta, cada persona debe suplir las necesidades de su existencia, o ser asistida por la Seguridad social. Por otra parte, señala que la prestación que reciba la parte necesitada no debe tender a colocarla en el nivel de vida del que disfrutó estando casada, sino únicamente garantizar la satisfacción de sus necesidades. (Ha de tenerse en cuenta que en el sistema portugués sí existe en el ámbito matrimonial la figura de la acción indemnizatoria, ligada a la culpabilidad).

⁸⁵ Así, la S AP Madrid de 14 de junio de 1996 (@1697/1996), o la S AP Toledo de 11 de febrero de 1998 (ED 98/2842).

⁸⁶ En este sentido, en la Asamblea Nacional francesa se tramita la proposición de ley nº. 2325, relativa a la pensión compensatoria en materia de divorcio, introduciéndose la temporalidad de la pensión salvo casos excepcionales, teniéndose en cuenta la duración del matrimonio, la calificación y situación profesional y la situación de los cónyuges respecto a pensiones de jubilación.

La S AP Madrid de 6 de mayo de 1998 suprime el límite temporal establecido por la sentencia de instancia a la pensión compensatoria.

régimen económico matrimonial, que descarta la liquidación no contenciosa y prologa el procedimiento hasta la casación-, los términos extintivos *certus quando* no requerirán incidentes de ejecución ni de declaración, actuando automáticamente⁸⁷.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de septiembre de 1998⁸⁸ indica que la pensión compensatoria tiene un carácter temporal por naturaleza, y que las sentencias pueden establecer un límite en el tiempo, cuyo vencimiento extinguirá definitivamente el derecho, de no concurrir con anterioridad alguna de las causas reguladas en el artículo 101 del Código civil.

Defendemos en este sentido el establecimiento de tablas que reduzcan su existencia a un período de tiempo, dependiendo de la imposibilidad temporal o definitiva del receptor y de los años de convivencia; de esta manera, y con excepción de los matrimonios de larga duración (20 años ó más) en los que el cónyuge no fuera capaz de incorporarse al mundo laboral, consideramos que sería suficiente la pensión compensatoria que permitiera la incorporación al mercado de trabajo, esto es, temporal, y nunca cuando el cónyuge solicitante tuviera medios propios de subsistencia, incluso si existe una gran diferencia entre lo disfrutado con su cónyuge dado el alto poder adquisitivo de éste y la situación tras la ruptura.

La pensión compensatoria es una pretensión que en todo caso ha de expresarse categóricamente, por estar afectada por el principio rogatorio, con lo que de no solicitarse expresamente, no se podrá conceder; así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1998⁸⁹ no concede la pensión de desequilibrio económico en el divorcio porque no se

⁸⁷ BAYO DELGADO, *Los límites de la pensión compensatoria*,..., ob. cit., págs. 192 a 199.

⁸⁸ AC 1998/1812.

⁸⁹ AC 1998/449.

solicitó expresamente; únicamente se pidió la reiteración de las medidas de la separación, y, al ser un derecho dispositivo, se debió pedir.

Por otra parte, se cuestiona la posibilidad de pedirse pensión compensatoria durante el juicio matrimonial, si no se solicitaron en las medidas provisionales; la respuesta es clara: siempre se podrá solicitar, ya que no hay necesidad de hacerlo en las provisionales, en las que únicamente habrá que postularse la contribución a las cargas.

Sin embargo, y en lo relativo a la segunda instancia o a la solicitud de la pensión en un procedimiento de divorcio si en la separación no se solicitó, consideramos que si bien es verdad que en la demanda y en la contestación a la demanda se fija el objeto del proceso, en el ámbito del proceso matrimonial el orden público que lo afecta y la variación de las circunstancias personales que imperan deberían facilitar la admisión al menos en aquellas situaciones en las que la falta de solicitud se debiera a impericia de la dirección técnica del solicitante, es decir, cuando éste solicitara la medida definitiva de contribución a las cargas, o bien alimentos para el cónyuge, en vez de la pensión compensatoria.

En lo relativo a la cuestión de si es admisible la concesión de la pensión compensatoria en el divorcio si en la separación no se solicitó, la práctica se divide en virtud de la consideración del procedimiento de separación y divorcio como partes de una única instancia, en cuya segunda parte —el divorcio— sería válida la solicitud⁹⁰ o bien de dos instancias, como señalaba BAYO DELGADO⁹¹.

⁹⁰ La S AP de Madrid de 22 de marzo de 1996 (AC 1996/1601) concede la compensatoria en el divorcio sin haberse solicitado en la separación

⁹¹ BAYO DELGADO, «Problemas subsistentes en derecho de familia»; *Jueces para la democracia*, 1997, noviembre, nº. 30, págs. 36 a 39.

El mismo autor considera que de no pedirse la pensión en la separación, la seguridad jurídica y el principio de prohibición de ir contra los propios actos exigiría la aplicación de la preclusión, considerando la omisión de la solicitud como un acto presunto de renuncia cosa juzgada en la sentencia de separación. BAYO DELGADO, *Los límites de la pensión...*, ob. cit., pág. 184.

Otro elemento de debate es si subsisten las medidas de la separación si no se solicitan en el divorcio, o si se solicita genéricamente la vigencia de las medidas de la separación, concretamente en el caso de la pensión compensatoria. En este sentido, la sentencia de la AP Madrid de 6 de febrero de 1997 (AC 1998/388) considera, a nuestro juicio erróneamente, que las medidas subsisten, al igual que el auto de 6 de marzo de 1997 de la AP de Zamora (AC 1997/685).

4. 5. Indemnización al exconviviente

Como hemos señalado con anterioridad en relación con las obligaciones alimenticias legales, sólo determinadas relaciones dan lugar a la posibilidad de exigirse alimentos, y entre éstas no se encuentran las de personas unidas o que han estado unidas por un vínculo análogo al matrimonial.

Sin embargo, a nadie escapa que es posible que la ruptura de la pareja o familia no matrimonial produzca una situación susceptible de ser tutelada, por producirse desequilibrios y casos de necesidad.

En este sentido, se observa una tendencia jurisprudencial a proveer de protección a los exconvivientes y a sus hijos, otorgándose una salvaguardia análoga a la de la ruptura matrimonial, más reforzada en lo relativo a los descendientes, a los que la tutela debería alcanzar de igual manera que a los hijos no matrimoniales, y más débil aunque en continua evolución en lo concerniente a los exconvivientes. Dicha analogía ha producido la calificación de la relación no matrimonial como de “hiper-derecho”⁹², que en determinadas Comunidades Autónomas como Cataluña, Aragón o Navarra ha desembocado en una regulación de las relaciones entre convivientes y la consecuente obligación alimentaria entre ellos y la correspondiente indemnización o pensión de alimentos para el caso de ruptura⁹³.

⁹² GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*; Madrid: 1995, pág. 210.

⁹³ La ley catalana 10/1998 de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (DOGC de 23/7/1998) regula la obligación alimenticia respecto de convivientes que, según indica GARRIDO MELERO, *Derecho de familia: un análisis del Código de Familia y de la Ley*

Fuera de la regulación expresa de las Comunidades, frente a la pensión compensatoria otorgada a los cónyuges o excónyuges, se otorgan por algunos tribunales indemnizaciones a los excónyuges, basadas en diferentes figuras legales, ya sean principios generales como pueden ser el enriquecimiento injusto, abuso de derecho, buena fe, o equidad o bien figuras jurídicas patrimoniales tales como las de la comunidad de bienes, la sociedad irregular civil o mercantil, o la responsabilidad extracontractual⁹⁴.

En cuanto al aspecto probatorio de la relación, los registros de parejas de hecho pueden facilitar la prueba de la existencia de la relación, su carácter y duración. Estos registros proliferan en el ámbito local o provincial; así, en Madrid existe un registro provincial, creado por la Comunidad Autónoma, y

de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil; Madrid: 1999, pág. 103 y 104, no puede ejercitarse cuando ya se ha roto la unión, pues, aunque también se regule en la misma ley la posibilidad de establecer una compensación económica y/o una pensión periódica a cargo de uno de los convivientes en beneficio del otro, tendrían una naturaleza indemnizatoria más próxima a la pensión compensatoria entre cónyuges. La compensación se basa en la existencia de un enriquecimiento injusto por haber trabajado uno de los convivientes para el otro o para el hogar, mientras que la pensión se asociaría a la disminución de la posibilidad de obtener ingresos debido a la convivencia o a la conveniencia de cuidar los hijos comunes y se concedería durante un plazo máximo de tres años. Ambas pensiones son compatibles, y se deben exigir conjuntamente en el año siguiente a la ruptura. En cuanto a la ley 6/99 de 26 de marzo de la Comunidad de Aragón, relativa a parejas estables no casadas (BOA 6/4/1999), tiene un contenido análogo, distinguiéndose de la catalana en que no regula separadamente la unión homosexual y la heterosexual, y la Navarra, la Ley para la igualdad jurídica de las parejas estables aprobada por el Parlamento Navarro el 22 de junio de 2000, sigue el mismo sistema.

⁹⁴ GARCÍA RUBIO, *Alimentos*, ob. cit. págs. 210 y ss., VEGA SALA, *Las uniones de hecho en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: 1996, pág. 114 y ss., LÓPEZ-MUÑIZ, *La ruptura de las uniones paramatrimoniales*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, pág. 79 y ss.

La. S. de la AP de Zaragoza, de 25 de febrero de 1991 (RGD nº. 571 abril 1992) indica que "ninguno de los que convivieron puede reclamar al otro alimentos al amparo del artículo 143 del Código Civil", aunque "cuando exista culpa por parte de uno de los convivientes, éste debe reparar al otro los perjuicios que esa ruptura le pueda producir, indemnización que no puede confundirse con la obligación legal de alimentos y que precisaría la previa declaración de culpa...", y en la STS de 20 de octubre de 1994 (ED 99/8194) se indica que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación.

en Barcelona un registro auspiciado por el Ayuntamiento, entre muchos otros⁹⁵.

Hay que tener en cuenta la diferencia esencial entre la figura matrimonial y la no matrimonial, si bien existe la tendencia a examinarlas en atención constante a dicha relación tradicional⁹⁶, y consideramos que en el aspecto procesal nada obsta a la aplicación analógica de los elementos procedimentales del proceso matrimonial, cuya principal finalidad es la protección de los diversos intereses que confluyen en la familia en crisis.

Su otorgamiento por vía provisional, ya sea como parte de la indemnización o como pensión periódica podría configurarse a través de las medidas cautelares innominadas, y, en cuanto al órgano competente, ya hemos señalado que en la actualidad se producen ciertos problemas competenciales en relación con los litigios relativos a las crisis de la pareja de hecho, dada la falta atribución de la competencia a los Juzgados de Familia en los partidos en los que existieren en lo concerniente a las cuestiones entre los convivientes o exconvivientes, paralela a la atribución de competencia expresa sobre las cuestiones atinentes a los descendientes de la familia paramatrimonial, que produce en la práctica una necesaria división de la

⁹⁵ SOUTO GALVAN, *Registro de uniones de hecho en la Comunidad de Madrid*, y VILLAGRASA ALCAIDE, *Los registros municipales de uniones civiles (Barcelona)*, en *Uniones de hecho*, (Martinell dir.); Lleida: 1998. Señala éste último que estos registros se han adelantado a la ley en lo relativo a solucionar cuestiones adjetivas de prueba, y que quizá por ello su utilización ha sido escasa, ya que la inscripción no otorga derechos o ventajas significativas.

⁹⁶ BERMEJO PUMAR, «Uniones de participación integral de vida»; *Revista General del Derecho*, abril 1991, pág. 2514.

continencia del pleito, puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo⁹⁷, y que seguirá produciéndose una vez entre en vigor la nueva LEC⁹⁸.

5. Vivienda familiar

El artículo 103 del Código civil prevé la concesión del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges o a uno de los cónyuges y a los descendientes, disponiendo que el Juez, a falta de acuerdo de los cónyuges, y tras la audiencia de éstos, determinará, “teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar”.

Así pues, se deja a criterio judicial la valoración del interés más necesitado, a diferencia de lo que ocurre en relación con las medidas definitivas, pues el artículo 96 del Código civil dispone que, en defecto de acuerdo de las partes, el uso de la vivienda y del mobiliario corresponderá a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden⁹⁹; de todos modos, en la práctica, la adjudicación de manera provisional de la vivienda familiar sigue

⁹⁷ En el apartado correspondiente a los supuestos de aplicabilidad de las medidas provisionales destacábamos el contenido de las SS TS de 8 de marzo de 1993 (ED 93/2280) y 2 de junio de 1994 (ED 94/5079), que indica que el juez de familia tiene una competencia imperativamente determinada por la ley a la que no se pueden añadir cuestiones que no sean relativas al matrimonio o a las relaciones paternofiliales, doctrina contraria a la práctica establecida en muchos partidos judiciales, entre ellos el de la capital.

⁹⁸ En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se regulan los “procesos matrimoniales y de menores”, y no “de familia”, tal como se solicitaba en las enmiendas presentadas al Congreso y Senado por el Grupo Socialista, excluyéndose por lo tanto de la regulación la de los procesos sobre la extinción *inter vivos* de la relación paramatrimonial. Así, las enmiendas n.º 664 y siguientes presentadas en el Congreso, y número 174 y siguientes realizadas en el Senado, incluyen el proceso de la familia no matrimonial entre los susceptibles de tramitarse por los artículos del Capítulo IV del Título I del Libro IV. De esta forma, se impide que se tramiten por unos cauces adecuados solicitudes alimenticias e indemnizatorias entre convivientes reguladas incluso expresamente por ciertas Comunidades Autónomas.

⁹⁹ Esto con limitaciones, pues si los hijos son mayores de edad, o son independientes, la cuestión es diferente. En este sentido, la S AP de Madrid de 24 de abril de 1998 (AC 1998/4461) no concede el uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges dado que no existen hijos y los dos trabajan. Otra posible solución es la atribución alternante del uso: la S AP de Madrid de 21 de abril de 1998 (AC 1998/728) concede el uso de la vivienda familiar de una familia de padres y un hijo mayor de edad a los cónyuges alternativamente por años, así como la S de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 1996.

el mismo criterio, pues se entiende que el interés más necesitado de protección es el de éstos.

En cuanto a la atribución del uso provisional de la vivienda familiar de manera compartida, hasta la eficacia de la sentencia definitiva, consideramos que no es deseable, salvo en situaciones de mutuo acuerdo, ya que lo contrario puede dar lugar a un enconamiento de las relaciones entre los cónyuges que partan de una ya deteriorada situación convivencial¹⁰⁰.

La determinación del beneficiario del derecho de uso es diversa en la regulación de medidas provisionales y definitivas: mientras que en la regulación de las medidas provisionales ese derecho se atribuye a uno de los cónyuges (art. 103 C.c.), en las medidas definitivas se otorga “a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden” (art. 96).

-El uso de la vivienda y la ruptura paramatrimonial

Señalábamos que el art. 103 otorga la titularidad del uso de la vivienda al cónyuge, y ello parece que ha de excluir que esta medida pueda adoptarse provisionalmente en el ámbito de la ruptura de la familia paramatrimonial.

En relación con las parejas de hecho sin hijos, el diferente tratamiento es admisible, dado que el matrimonio y la familia no matrimonial son realidades diferentes con una regulación diversa, sin embargo, de existir hijos comunes entendemos que sería discriminatorio que no se pudiera conceder la medida de uso de la vivienda familiar.

Es preciso determinar el alcance de la referencia del artículo 103 a las personas a las que se concede el uso, pues, aparte de las consideraciones respecto al sistema vigente de que las medidas provisionales sean aplicables en los procesos de la ruptura paramatrimonial, tiene relevancia respecto al nuevo procedimiento de menores establecido en la nueva LEC.

¹⁰⁰ En relación con la atribución de partes de la vivienda a los cónyuges, la S AP de Las Palmas de 21 de abril de 1998 (ED 98/4023) rechaza la solicitud de uno de los cónyuges de que ambos cónyuges compartan zonas de la misma vivienda.

-Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales en la LEC de 1881

Es dominante la posición doctrinal proclive al otorgamiento del uso de la vivienda familiar al exconviviente y al descendiente común, siguiendo el mandato constitucional de equiparación de los descendientes no matrimoniales a los matrimoniales, si bien existen obstáculos legales, tales como la falta de normalización de estos supuestos¹⁰¹.

Señalábamos que aunque no sea aplicable el sistema de medidas provisionales a la ruptura de las familias no matrimoniales es posible adoptar medidas análogas por la vía de las medidas cautelares innominadas, reforzada en el caso de los menores de edad con lo dispuesto en el artículo 158 C.c., con lo que en todo caso sería posible conceder el uso de la vivienda familiar al menor y al progenitor que quedara en su compañía¹⁰².

¹⁰¹ BAYO DELGADO, *Problemas...*, ob. cit., pág. 38, señala que con la finalidad de no discriminar a los hijos no matrimoniales, debería preverse normativamente la concesión que en la actualidad se efectúa gracias a la creación Jurisprudencial de éste derecho.

Por el contrario, CALLE RODRÍGUEZ, *Uniones paramatrimoniales: la vivienda tras la ruptura*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: 1996, pág. 134 y 135, considera que, en el caso de pertenecer la vivienda al no guardador, la obligación de prestar alimentos al hijo del artículo 142 del Código civil, que incluiría la cobertura de la habitación, no puede suponer que el alimentante deba abandonar su residencia en favor del alimentista, mientras que si perteneciera a ambos progenitores, se podría impedir la venta por el no guardador de su parte en virtud del interés del menor, apoyándose en lo recogido en el artículo 401.1º. del Código civil.

ROCA GUILLAMÓN, *Las cargas de la familia...*, ob. cit., pág. 81, se pronuncia a favor del otorgamiento del uso de la vivienda al exconviviente y a los descendientes, basado en el derecho del hijo ex. art. 96, más apropiado que el 142 C.c. por ser un medio de tutela más eficaz e impedir la discriminación.

¹⁰² La mayoría de la doctrina se manifiesta a favor de la concesión del uso de la vivienda familiar al conviviente y los descendientes comunes en respeto del principio del "favor filii" y de la no discriminación de los hijos; entre ellos GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: 1995, págs. 285 y ss., ZARRALUQUI, «La unión paramatrimonial y la vivienda familiar», *R.G.D.*, nº. 584, mayo 1993, pág. 4292, y BAENA RUÍZ, «La vivienda familiar», en *Vivienda, Cuadernos de derecho judicial*, nº. XIV, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 147 a 232.

CALLE RODRÍGUEZ, *Uniones paramatrimoniales: la vivienda tras la ruptura*, en *Cuestiones derivadas...*, ob. cit., pág. 135, estima incluso que, existiendo hijos, se puede evitar el ejercicio de la *actio communi dividundo* que supondría la venta y posterior reparto del precio de la vivienda común de los convivientes por la vía del artículo 401 párrafo 1º. del Código civil, que señala que "...los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina", opinión que no compartimos, ya que por la división la vivienda no se hace inservible para su uso, sino que

-Uso de vivienda y descendientes no matrimoniales en la LEC de 2000

Sin embargo, en relación con el sistema establecido en la nueva LEC, es cuestionable si en el proceso “de menores” del artículo 748.4º. se puede adoptar la medida provisional de uso de la vivienda familiar.

Pues bien, dicho artículo se refiere a los procesos “que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, con lo que parece que en estos procesos no se podrán establecer medidas distintas de las de la guarda y alimentos.

Por otra parte, en el art. 770.6º.¹⁰³ se establece que “*En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio*”, con lo que se hace cuestionable si es posible adoptar medidas provisionales distintas de las de guarda y alimentos.

Entendemos que aunque así no se indique, en los procesos “de menores” es posible adoptar cualquier medida provisional o definitiva que favorezca al menor, pues el art. 158 permite cualquier tipo de actuación judicial en beneficio del menor, y por otra parte, se puede entender que el derecho al uso de la vivienda familiar se engloba en el de alimentos, y,

quizá el problema subsistente es que no se protegen suficientemente los intereses de los descendientes, con lo que este artículo no puede ser de aplicación en este ámbito.

Consideramos que puede venderse la vivienda y continuar los hijos y el progenitor en su uso, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. T. S. de 31/12/1994, RJ 1994/10330 y S. de 14/7/1994, RJ 1994/6439, entre otras), y las SS de la AP de Barcelona, sección 4ª, de 27 de mayo de 1991 y sección 13ª. de 16 de septiembre de 1992.

¹⁰³ Esta regla fue introducida en el Senado por mayoría en fase de Ponencia, sobre la enmienda del Grupo Socialista nº. 181, que denunciaba la falta de referencia en los artículos 769 y siguientes a la tramitación de los procesos sobre guarda o alimentos de hijos menores de edad, procesos introducidos en el Dictamen de la Comisión del Congreso, a instancia del Grupo Socialista.

además, consideramos que la referencia a que los procesos versen exclusivamente sobre guarda y alimentos tiene como fin evitar que por esta vía procesal se ventile la ruptura de la familia no matrimonial¹⁰⁴, y que, por el contrario, lo dispuesto en el art. 770.6º. apoya la aplicabilidad de toda clase de medidas, fuera de las de contenido matrimonial.

-Uso de vivienda e hijos no matrimoniales mayores de edad

Frente a la protección del menor de edad por el ordenamiento, no existe un criterio general de protección de los hijos mayores de edad, por lo que la única argumentación favorable a la concesión del uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad es que también existe un deber genérico de protección de la familia y de los hijos, con independencia de su filiación, y ha de tenerse en cuenta que la analogía con la situación matrimonial se ha de imponer, pues la realidad a tutelar es idéntica.

-Uso de vivienda y conviviente

Para las situaciones de ruptura de la convivencia paramatrimonial, no existe norma que permita la atribución al conviviente no titular, si bien la práctica jurisprudencial lo ha hecho, basándose en la buena fe del beneficiario¹⁰⁵, o incluso, en el principio general de protección al conviviente perjudicado¹⁰⁶, derivado de las normas constitucionales (art. 10,

¹⁰⁴ Ya nos hemos referido al origen del proceso de menores en Comisión en el Congreso de los Diputados, como alternativa insatisfactoria para intentar impedir la discriminación de los hijos no matrimoniales en el proceso.

¹⁰⁵ La actuación judicial contraria a la buena fe es tenida en cuenta por el TS en la S de 13 de junio de 1986, ED 86/4068, en la que la esposa separada desde 1938 de su marido demanda a la compañera de éste a su muerte (1981) "reclamando sus derechos legales después de más de cuarenta años de mantenimiento de la situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, y tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos de abuso de derecho, complementado por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la conviviente con el marido desde 1938 a 1981, e incluso al hijo del matrimonio, causando perjuicio a estos terceros...". VIDAL MARTÍNEZ, «Relación no matrimonial: Reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho, buena fe y equidad: comentarios a la STS (S. 1ª) de 13 de junio de 1986»; *RGD*, 1987, pág. 35.

¹⁰⁶ STS de 10 de marzo de 1998, ED 98/1250.

principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de derecho privado (art. 96 C.c. y art. 16.1b de la Lau), de las sentencias del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre, 6/1994, de 18 de enero, y 47/1993 de 8 de enero, y de las mismas sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 y 20 de octubre de 1994.

La atribución por la vía provisional podría realizarse por medio de una medida cautelar, permitida por el tipo abierto del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, análoga a la del artículo 727. 11º. de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, de carácter aún más flexible.

En la Ley 1/ 2000, de enjuiciamiento civil no se recoge precepto alguno relacionado con los procesos paramatrimoniales, con lo que la atribución de derechos sustantivos y procesales análogos a los de la ruptura matrimonial posiblemente seguirá realizándose por la vía jurisprudencial, si bien con un obstáculo más, y es la ausencia del argumento de la antigüedad de la ley, o de la falta de previsión involuntaria de los trámites apropiados.

6. Ajuar familiar

Entre las medidas provisionales susceptibles de adoptarse en el proceso matrimonial se encuentra la distribución de los bienes y objetos del ajuar, previo inventario (art. 103.2 C.c.), y no existe limitación en cuanto a los objetos a distribuir, a diferencia de lo que ocurre respecto de las medidas definitivas, pues el artículo 96 vincula al uso de la vivienda familiar el de “los objetos de uso ordinario en ella”.

Así, en la regulación provisional la determinación de los objetos que quedarán en el hogar corresponderá al Juez, quien previo inventario señalará los que puede llevar el cónyuge que no usará provisionalmente la vivienda, aunque parece que esta restricción respecto de las medidas definitivas puede predeterminar la resolución provisional¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Entendemos que los objetos de uso ordinario de la vivienda serán los electrodomésticos, los muebles de las zonas comunes y los de los dormitorios de las

7. Entrega de bienes personales

En la regulación existente de medidas provisionales o definitivas no existe una concreta determinación de medidas tendentes a suministrar al cónyuge que abandona el hogar los objetos de uso personal necesarios, salvo que se puedan entender comprendidos en los bienes que previo inventario podrá llevarse, (lo cual es en cierto modo absurdo, por tratarse de bienes claramente de propiedad o uso exclusivo de uno de los cónyuges o del hijo).

En relación con la entrega de los bienes del hijo, se podría considerar incluida la orden de entrega en la medida de alimentos¹⁰⁸, y respecto a los bienes del cónyuge, ha de tenerse en cuenta que aquellos de uso personal que no sean de extraordinario valor son de carácter privativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1346.7 del C.c., tal como ocurre con los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio (1346.8), incluso si se hubieran adquirido con fondos comunes, si bien en este último caso, la sociedad de gananciales será acreedora del cónyuge propietario (art. 1346 II C.c.), por lo que entendemos que no es precisa la realización de inventario de todos estos objetos con el fin del reparto (aunque otra cosa será que haya de tenerse en cuenta la el crédito en la liquidación del régimen económico matrimonial).

personas que queden en su uso, excluyéndose aquellos elementos superfluos, decorativos, o de uso exclusivo del que ha de abandonar el hogar familiar, tales como equipo de música, ordenador, y aquellos otros que se pueda entender que no son necesarios para el uso habitual de la vivienda, como televisores cuando haya más de uno, ropa de cama cuando supere la cantidad necesaria para el uso normal de la vivienda, etc., ni los objetos de extraordinario valor, tales como obras de arte, o automóviles, alhajas, etc. (en el art. 1321 II C.c. se dispone que no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor), que en todo caso habrán de ser divididos como bienes independientes.

¹⁰⁸ En cuanto a la regulación de esta medida en Alemania, GIESSLER, *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*, 2º Auflage; Munich: 1993, pág. 378 y 379, considera que en su base material en realidad se trata de una parte de la solicitud de alimentos para el hijo.

Ante la ausencia de concreción legal, a diferencia del sistema alemán sería deseable que esta medida se recogiera expresamente, aunque de todas formas, tiene cabida en nuestro sistema a través de las medidas cautelares innominadas, o incluida en la de entrega de bienes del ajuar al cónyuge que ha de abandonar el hogar familiar, o en la medida de alimentos para el hijo, consideramos que en ninguno de los casos será precisa la elaboración de inventario y ni tan siquiera la autorización judicial para que al abandonar el hogar, estas personas lleven consigo los bienes afectados, aunque el pronunciamiento judicial en este sentido será necesario cuando una vez abandonado el domicilio conyugal se desee retirar estos bienes.

8. Entrega de bienes y determinación de reglas de administración

8. 1. Entrega de bienes comunes o gananciales

En artículo 103.4º. contiene la medida de entrega de bienes gananciales y determinación de reglas de administración de éstos y rendición de cuentas. La entrega de los bienes comunes o gananciales se hará “atendidas las circunstancias”, y “previo inventario”, y se entiende que quedan fuera de este grupo de bienes la vivienda familiar y el ajuar, pues el 103.2º ya se refiere a éstos especialmente.

Como señala GONZÁLEZ DEL POZO, estas medidas (en general, las del apartado cuarto y quinto del artículo 103 C.c.) son poco utilizadas en la práctica¹⁰⁹, y ALBERDI apunta que la efectividad de la medida provisional se presenta difícil, dado que en la práctica es de difícil articulación, y la situación se empeora por lo dispuesto en el artículo 1384 del Código civil, que otorga validez a los actos de administración de bienes

¹⁰⁹ GONZÁLEZ DEL POZO, *Los supuestos de conclusión...*, ob. cit., pág. 361, pone de manifiesto que se observa un cierto rechazo de los jueces a determinarlas, y una consiguiente falta de solicitud por parte de los Abogados.

y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren¹¹⁰.

Los bienes más comunes, fuera de la vivienda, serán los vehículos, y entre las reglas de administración y disposición de éstos se podrá señalar el sistema de pago por los conceptos de seguro, etc., que corresponda, así como la prohibición de disposición del bien, asegurable con la correspondiente anotación en los Registros de la Dirección General de Tráfico.

En cuanto a otros bienes como acciones, inmuebles, o muebles de extraordinario valor como joyas u objetos de arte, siempre de carácter común o ganancial, la distribución seguirá igualmente al inventario, y las reglas de administración dependerán de la discrecionalidad judicial, “atendidas las circunstancias”.

En el caso de discutirse por los cónyuges la titularidad de los bienes, es decir, si son comunes o privativos, señala COSSÍO MARTÍNEZ que no podrán adoptarse las medidas de los apartados cuarto y quinto del artículo 103 C.c., porque en el objeto del proceso matrimonial no se inscribe la determinación de la titularidad de los bienes¹¹¹, sin embargo, entendemos que por medio de las medidas provisionales de los apartados 4º. y 5º. del artículo 103 C.c. no se está otorgando la titularidad de los bienes, ni determinando la conclusión de la sociedad de gananciales, sino que se está atribuyendo el uso provisional de cada uno de los bienes a los cónyuges, sin prejuzgar la futura atribución de titularidad que se pueda realizar una vez disuelta la sociedad de gananciales.

Por otra parte, existe otra regulación provisional de la cuestión cuando se solicite la disolución de la sociedad de gananciales, ya sea en el ámbito del proceso matrimonial o de otro, pues el artículo 1394 C.c. prevé

¹¹⁰ ALBERDI ALONSO, *La reforma...*, ob. cit., pág. 192.

¹¹¹ COSSÍO MARTÍNEZ, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, Madrid: 1997, pág. 127: “ya que en el proceso matrimonial no cabe discutir sobre la titularidad de los bienes, en el que se pediría la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1393 del Código civil”

que el Juez adopte las medidas necesarias para la administración del caudal, lo que podría incluir la atribución del uso de cada bien a los cónyuges, y la determinación de las reglas de administración y rendición de cuentas.

La vía procesal adecuada para el establecimiento de estas medidas sería el de las medidas cautelares innominadas.

Regulación ex. arts. 807 y ss. de la Ley 1/2000.

La nueva LEC introduce un proceso específico de liquidación del régimen económico matrimonial, estableciendo como procedimiento previo a la liquidación –que sólo es posible una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial- la formación de inventario, y la determinación de reglas de administración de los bienes en tanto éste no se liquide, con lo que se está introduciendo una nueva medida provisional, análoga a la del artículo 103.4º., pero susceptible de acordarse también en el ámbito de los procesos entre separados de hecho o entre cónyuges que se encuentren en las circunstancias que recoge el artículo 1393 C.c.

Este inventario se puede solicitar una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en el que se haya demandado la disolución del régimen económico, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 808.

El procedimiento para su elaboración se inicia con solicitud acompañada de propuesta en la que se hagan constar las diferentes partidas y de los documentos que las justifiquen (art. 808), citándose a los cónyuges en el plazo de diez días, para que procedan junto con el Secretario a su formación y a la determinación de las reglas de administración y disposición de los bienes incluidos, suponiendo la falta de comparecencia de alguno de los esposos la conformidad con la propuesta de inventario que el otro cónyuge hubiera presentado (art. 809.1)¹¹².

¹¹² De acuerdo con lo contenido en el artículo 807 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, la competencia para conocer del procedimiento de liquidación corresponde al juzgado de primera instancia que conociere o hubiera conocido del

Si hubiera controversia sobre inclusión de algún concepto o importe de alguna de las partidas, se convocará a las partes a una vista, continuándose la tramitación de acuerdo con lo previsto para el juicio verbal, y la sentencia resolverá todas las cuestiones, aprobando el inventario y disponiendo lo procedente en relación con la administración y disposición de los bienes (art. 809.2).

Separación de hecho

También es posible ordenar la medida de administración de los bienes gananciales por uno solo de los cónyuges sin solicitarse la liquidación de la sociedad, en el caso de que el otro hubiere abandonado a la familia o existiere separación de hecho (art. 1388), si bien el Juez puede establecer limitaciones, y concretamente, cuando se tratare de realizar actos de disposición sobre bienes de alto valor, se precisará en todo caso autorización judicial (art. 1389).

8. 2. Reglas de administración de bienes privativos afectos a las cargas

Deberá determinarse, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 103.5 C.c., el régimen de los bienes que los cónyuges, por medio de capitulaciones matrimoniales o escritura pública, hayan declarado afectos a las cargas familiares.

Ha de tenerse en cuenta que en el resto de las medidas provisionales no hay referencias al distinto régimen de los bienes privativos, fuera de la vivienda familiar, que no estuvieran afectos a las cargas, lo que significa que los cónyuges pueden disponer de estos bienes sin precisar resolución judicial al respecto.

La referencia a la eventualidad de esta medida –pues el precepto se encabeza con “determinar, en su caso,...”- indica la poca frecuencia con que se produce. Los bienes privativos que pudieran encontrarse afectos a las

proceso de nulidad, separación o divorcio, o ante el que se sigan o hayan seguido actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial.

cargas podrían ser, por ejemplo, la vivienda vacacional en cuya escritura de adquisición se hubiera reflejado su uso familiar, o aquellos bienes como acciones o propiedades inmobiliarias cuya adscripción al pago de cargas familiares se encontrara reflejada en la escritura de adquisición o de capitulaciones matrimoniales.

8. 3. Reparto de los bienes de la unión de hecho

En cuanto al reparto de los bienes pertenecientes a la unión paramatrimonial, y ante la falta de aplicabilidad del régimen de la sociedad de gananciales, se podrían considerar adoptables en esta situación otras figuras jurídicas patrimoniales con el fin de realizar una división de bienes justa¹¹³.

Dado que entre los convivientes no existe régimen económico matrimonial, la liquidación no tendrá que esperar la firmeza de ninguna resolución, a diferencia de cuando es matrimonial, de modo que, cuando los convivientes deciden concluir la unión de sus bienes, pueden hacerlo consensualmente o por voluntad de uno de ellos en cualquier momento.

Ante la discrepancia, entendemos que la autoridad judicial puede determinar, además de la disolución del régimen económico de la unión de hecho, la atribución provisional del uso de los bienes y las reglas de administración de éstos por la vía de las medidas cautelares innominadas, ya sean el artículo 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil vigente o el artículo 726 de la Ley de enjuiciamiento civil del 2000.

¹¹³ Así, la STS de 23 de julio de 1998 señala que no se puede aplicar automáticamente el régimen económico matrimonial a las parejas de hecho, pero que una aplicación analógica es posible si existe un pacto expreso o tácito en este sentido, siendo este último caso, de "*facta concludentia*" el de la aportación continuada y duradera de ganancias o trabajo al acervo común. MENDIETA JAMARILLO, «Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho»; *Actualidad Civil*, 1990-1, pág. 197 a 203, describe las posibles figuras patrimoniales, así, la sociedad universal entre convivientes, ex. art. 1672 del Código civil, la comunidad de bienes entre compañeros del artículo 392, acogida por la mayoría de la doctrina, la sociedad de hecho entre convivientes, del artículo 1665 C.c., el contrato de trabajo de la mujer que trabaja en el domicilio, así como el enriquecimiento sin causa

9. Medidas de aseguramiento.

Entre las medidas provisionales susceptibles de acordarse en el proceso matrimonial se hace referencia las que tienen como finalidad asegurar el correcto desarrollo del juicio y la efectividad de la eventual sentencia. Tendrían carácter aseguratorio, a diferencia de la mayoría de las medidas provisionales de los artículos 102 y siguientes, en las que predomina la función reguladora.

Entre estas medidas podemos distinguir, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil, la anotación preventiva, medidas cautelares para proteger derechos sobre vivienda y ajuar, y medidas para asegurar la contribución a las cargas¹¹⁴.

Por otra parte, y ya con un origen diverso al de las medidas provisionales, encontraríamos las medidas cautelares ex. art. 158 C.c. encaminadas a proteger a los menores, y las innominadas, ex. art. 1428 LEC, equivalente al 726 de la Ley 1/2000, que, tras las modificaciones introducidas en la Comisión, permite un aseguramiento no ya de la ejecución sino de la “efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

9. 1. La anotación preventiva

La demanda se podrá anotar en los Registros civil, de la Propiedad o Mercantil, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 102 C.c., en el que se establece que esta anotación tiene por finalidad asegurar la efectividad de

¹¹⁴Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil recoge en la regulación de las medidas provisionales en relación con la mujer casada medidas susceptibles de emplearse con el fin de asegurar como máximo durante un año el pago de los alimentos, tales como el inventario, depósito y anotaciones en Registros públicos, o cualquier garantía análoga. Estas medidas han sido ampliamente superadas por el Código civil en los artículos 90 a 106 y 158, y lo mismo ocurre con la ley 30/81, que se refiere a la posibilidad de inscribir en los Registros de la Propiedad o mercantil la demanda de separación, nulidad o divorcio, elemento ya regulado en el artículo 102 del Código civil.

En este sentido, la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 tampoco regula instrumentos novedosos en relación con el Código civil, remitiendo a éste en lo relativo al contenido de las medidas.

los efectos que se producen por ministerio de la ley de revocación de los consentimientos y poderes otorgados entre los cónyuges y de cesación de la posibilidad de vincular los bienes privativos de éstos.

Se trata de medidas potestativas, no automáticas, a diferencia del resto de las medidas del artículo 102, y son análogas a las medidas definitivas de anotación de la sentencia en los mismos registros de la DA novena de la ley 30/81, de 7 de julio y a lo dispuesto en el artículo 755 de la nueva LEC, que ordena la comunicación de oficio a los Registros Civiles de las sentencias sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores y la anotación a petición de parte en cualquier otro Registro público.

Las medidas de anotación pueden adoptarse con la mera admisión a trámite de la demanda, versando la anotación sobre los efectos inherentes a la demanda, y no sobre el contenido de la demanda en sí¹¹⁵.

Se trata de medidas adoptables judicialmente, si bien también es posible reclamarlas a la autoridad administrativa¹¹⁶.

La anotación de la presentación de la demanda en el Registro de la Propiedad puede ser la más trascendente de las medidas de este tipo, ya que tendería a asegurar las medidas de revocación de poderes y desvinculación de los bienes del anotante en los actos del otro cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica.

La anotación procederá, como bien señala BAYO DELGADO, tanto en relación con bienes comunes como privativos de cualquiera de los cónyuges, que son olvidados a menudo en la práctica¹¹⁷, y consistirá en la anotación indicando que una demanda de nulidad, separación o divorcio ha sido interpuesta.

¹¹⁵ BAYO DELGADO, Régimen económico..., ob. cit., pág. 102.

¹¹⁶ Puede hacerse tal petición también y directamente en el Registro de que se trate, si ello es contemplado en sus reglamentos, como sería el caso de la anotación en el Registro Civil, pues de acuerdo con el artículo 272 de su reglamento, es posible obtener la anotación por simple solicitud al mismo Registro Civil, con testimonio de la resolución admitiendo la demanda. BAYO DELGADO, Régimen económico..., ob. cit., pág. 102.

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 103 y ss.

Entendemos, a diferencia de BAYO DELGADO, que la anotación en el Registro de la Propiedad habrá de hacerse a través de la autoridad judicial, pues el artículo 139 del Reglamento Hipotecario dispone que la anotación preventiva de demanda podrá ser solicitada al tiempo de presentar la demanda o después, ofreciendo indemnización, y que “El Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquélla se pidiese después, en el término del tercer día”, y el artículo 43 de la Ley se refiere a la anotación ordenada por providencia judicial¹¹⁸.

La inscripción provisional de la presentación de la demanda no se encuentra regulada expresamente en el Reglamento del Registro Mercantil, si bien en el artículo 33 se establece que entre los asientos susceptibles de realizarse se encuentra el de anotación preventiva, y en el artículo 87, relativo a las inscripciones de los empresarios individuales se señala que en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán “las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los arts. 6 a 10 del Código de Comercio y las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial...”, lo cual incluye la revocación del consentimiento para vincular bienes comunes en el ejercicio del comercio por persona casada y también privativos del cónyuge del comerciante, y en el art. 87.8 se establece que también se inscribirán “los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento”.

El artículo 11 del Código de Comercio dispone que la revocación de los consentimientos del cónyuge del comerciante habrán de constar, a los

¹¹⁸ Señala el mismo autor -Régimen económico..., ob. cit., pág. 105 y 106- que no será necesaria resolución judicial en este sentido, ya que es posible la anotación preventiva por solicitud en el mismo Registro, de acuerdo con los artículos 2, 42 y 43 de la Ley Hipotecaria, desarrollados por los artículos 7, 10 y 145 del Reglamento, y que igualmente será posible la inscripción en los Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento

efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro mercantil, y en el artículo 93 del mismo Reglamento se establece que la inscripción de las circunstancias distintas a la inscripción primera y apertura y cierre de sucursales, o la inscripción de la modificación de éstas se practicará “en virtud de escritura pública, documento judicial o certificación del Registro Civil”, por lo que entendemos que la anotación de la demanda de nulidad, separación o divorcio en el Registro Mercantil, como sucedía con el Registro de la Propiedad, sólo es posible a través de resolución judicial¹¹⁹.

9. 2. Medidas tendentes a conservar los derechos de los cónyuges en lo relativo al uso de la vivienda familiar y los bienes del ajuar

El artículo 103.2º del Código civil regula la medida de atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, así como de los bienes que continúen en ésta, y permite adoptar “las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

Entre estas medidas de protección del derecho de los cónyuges de uso de la vivienda familiar se encuentra la de anotación del auto de medidas previas o provisionales concediendo el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en el Registro de la Propiedad¹²⁰, la prohibición de enajenar, o el secuestro, realizándose al efecto la inscripción pertinente, tal como señala el artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria.

En cuanto a los bienes del ajuar, se pueden adoptar medidas tales como el secuestro, regulado en los artículos 1785 C.c. y siguientes, la administración judicial (1419 LEC), o el precinto de bienes, de acuerdo con el artículo 1428 LEC¹²¹, y, en general, las medidas enumeradas en el

¹¹⁹ Por el contrario, BAYO DELGADO, Régimen económico..., ob. cit., pág. 106 y 107, entiende que la anotación en el Registro Mercantil tendrá un régimen análogo al de la realizable en el Registro de la Propiedad, al igual que del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles o de Propiedad Industrial o Intelectual.

¹²⁰ PÉREZ CALONGE, *Aspectos procesales...*, ob. cit., pág. 370 y 371.

¹²¹ COSSÍO MARTÍNEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pág. 174, señala que esta medida es muy frecuente respecto de vehículos.

artículo 727 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (intervención judicial, depósito, inventario, anotaciones registrales), además de las innominadas susceptibles de acordarse ex. art. 726 o apartado undécimo del artículo 727.

El resto de los bienes podrán ser objeto de inventario, siempre que sean gananciales o comunes, de acuerdo con el artículo 103 C.c., y podrá ser este inventario una preparación en garantía de la futura liquidación del régimen económico matrimonial¹²².

9. 3. Medidas tendentes a asegurar la contribución a las cargas.

En el artículo 103.3º C.c. se preceptúa que, una vez fijada la contribución a las cargas de los cónyuges, se adoptarán “las garantías, depósitos y retenciones u otras medidas cautelares convenientes a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro”.

Así, entre estas medidas aseguratorias se encontrarían la de retención de saldos bancarios y de depósito en general, la obligación de prestar fianza o aval, la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas, prevista en el artículo 157 de la Ley hipotecaria -que podría ser de gran utilidad en el ámbito de la crisis familiar¹²³-, la anticresis¹²⁴, prenda, hipoteca mobiliaria

¹²² BAYO DELGADO, Régimen económico matrimonial..., ob. cit., pág. 109.

¹²³ El artículo 157 de la Ley Hipotecaria se refiere a la hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas, y se inscribe dentro de la sección segunda del Título V de la ley, relativo a las hipotecas voluntarias, y por segregación de las hipotecas legales, siendo las hipotecas voluntarias las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan, y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes, mientras que las hipotecas legales otorgan el derecho de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho, siendo las expresamente determinadas por la ley, así, entre ellos, los designados en el artículo 168 de la misma ley Hipotecaria: las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos sobre los bienes entregados a sus maridos o las donaciones prometidas, mas nada se dice relativo a otro tipo de deudas entre los cónyuges, como quizá debiera hacerse, por lo que consideramos dudosa la posibilidad de que sin el concurso de la voluntad del propietario del inmueble o del derecho real se pueda constituir una hipoteca voluntaria, tal como la del artículo 157 LH, si bien COSSÍO MARTÍNEZ, *Las medidas...*, ob. cit., pág. 175, señala que ello podrá hacerse, estando en rebeldía el

o, incluso, el embargo preventivo¹²⁵, todas susceptibles de adoptarse de acuerdo con lo señalado en los artículos 1428 de la LEC de 1881 y de los artículos 726 y 727 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

9. 4. Medidas tendentes a asegurar el pago de alimentos para los hijos menores (art. 158).

Las medidas que se pueden adoptar con este fin son las mismas que las señaladas para la contribución a las cargas, concepto en el que se engloban los alimentos para los hijos en el ámbito del proceso matrimonial, además de todas aquellas que puedan conducir al aseguramiento del pago de alimentos.

Consideramos que dada la especial protección otorgada por el artículo 158 a los menores y a las cuestiones alimenticias, la obtención de la medida cautelar no se verá sujeta a petición de parte, ni a forma alguna ni limitación procesal a su determinación, por señalarse en el último inciso de dicho artículo que las medidas son susceptibles de acordarse en el ámbito de cualquier tipo de proceso, civil, penal o de jurisdicción voluntaria, si bien, y según señala la DA primera de la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, habrá de sustanciarse por medio de los

demandado, a petición de la parte, mediante escritura pública, siendo más dudoso que se pueda hacer mediante testimonio judicial.

Para el caso de estar personado en el proceso el demandado, y ante su negativa a formalizar la hipoteca, consideramos que no podrá formalizarse el contrato, ni siquiera con la actuación judicial sustitutoria, al menos hasta la inclusión de este tipo de hipoteca entre las hipotecas legales del artículo 168 LH.

¹²⁴ De acuerdo con el artículo 1881 del Código civil “Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”, estando el acreedor obligado a pagar los gastos de la finca.

¹²⁵ El artículo 1397 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil regulan el embargo preventivo de bienes del demandado.

Como bien señala BAYO DELGADO, *Régimen económico matrimonial...*, ob. cit., pág. 89, los alimentos devengados son deudas ordinarias, pues el beneficiario ha subsistido, y por lo tanto no regirá en relación con ellos el privilegio de la inaplicabilidad de la inembargabilidad del salario mínimo y el de la alteración del orden de preferencia de bienes embargables de los artículos 1447 y 1451 LEC.

trámites de la jurisdicción voluntaria, lo cual supone que no se encuentra determinada la vía procesal a seguir, ya que entre las normas de jurisdicción voluntaria de la ley de enjuiciamiento civil no se recogen procedimientos adecuados, y que, por otra parte, con la entrada en vigor de la nueva LEC no se sustituirán los preceptos de la jurisdicción voluntaria.

Entendemos que en el plano procesal, y ante la falta de regulación, las medidas que se adopten deben seguir la normativa de las medidas cautelares innominadas de los artículos 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 ó de los artículos 726 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000.

9. 5. Medidas que tiendan a evitar perjuicios económicos a los menores de contenido económico (art. 158).

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 158 del Código civil, el Juez podrá dictar, ya sea de oficio o a petición del menor, cualquier familiar o el Ministerio Fiscal, las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Estas medidas podrían ser, además de las aseguratorias del pago de alimentos, aquellas que protegieran su patrimonio, como la administración judicial, depósito, formación de inventario, etc., adoptables siguiendo la regulación de las medidas cautelares innominadas del art. 1428 LEC ó luego del art. 726 y sobre todo 727.11º. de la nueva LEC, en el que se señala que se podrán adoptar aquellas medidas que para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes.

Capítulo VI: Procedimiento

1. Jurisdicción y Competencia

- 1. 1. Jurisdicción o competencia internacional
 - 1. 1. 1. Competencia del juez del proceso principal
 - a) Procesos matrimoniales
 - b) Procesos no matrimoniales
 - 1. 1. 2. Norma competencial autónoma de medidas provisionales
 - 1. 1. 3. El Convenio de Bruselas y las medidas provisionales
 - 1. 1. 4. El Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial
- 1. 2. Competencia
 - 1. 2. 1. Competencia objetiva
 - 1. 2. 2. Competencia funcional
 - a) Competencia para dictar medidas previas
 - b) Competencia para dictar medidas en segunda instancia
 - 1. 2. 3. Competencia territorial
 - a) Competencia territorial para dictar medidas previas en los procesos matrimoniales de la LEC de 1881
 - b) Competencia territorial para dictar medidas previas en los procesos matrimoniales de la LEC de 2000
 - c) Competencia para dictar medidas relativas a menores
 - d) Cuestiones de competencia en medidas coetáneas
 - e) Cuestiones de competencia en medidas previas

2. Requisitos para su concesión

- 2.1. Presupuestos para la concesión de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales
 - 2. 1. 1. Inexistencia de medidas adoptadas en un pleito anterior
 - 2. 1. 2 Urgencia respecto de medidas previas
 - 2. 1. 3. Inexistencia de medidas previas adoptadas en el mismo procedimiento

2.2. Presupuestos para la obtención de otras medidas

3. Procedimiento

3. 1. Para la obtención de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales

3.1. 1. Legislación aplicable y trámites comunes

3.1.2. Especialidades de las medidas previas

3.1.2.1 Postulación

3.1.2.2. Otras especialidades del procedimiento de la ley de 1881

a) La audiencia

b) Intervención del Ministerio Fiscal

c) Prueba

d) Recursos

3.1.2.3. Las nuevas medidas urgentes de la ley de 2000

3. 1.3. Procedimiento de medidas provisionales

a) Legitimación

b) Solicitud

c) Citación

d) Comparecencia

e) Forma de la audiencia

f) Intervención del Ministerio Fiscal

g) Prueba

h) Recursos

3. 2. Procedimiento para la obtención de medidas provisionales en los procesos de menores

Procedimiento para la obtención de otras medidas provisionales

3. 3. Procedimiento para la obtención de medidas provisionales por la vía de las medidas cautelares innominadas

4. Modificación de las medidas

4.1. La modificabilidad de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales

4. 1. 1. De las medidas previas

a) En la LEC de 1881

b) En la LEC de 2000

4. 1. 2. De las medidas coetáneas

a) En la LEC de 1881

b) En la LEC de 2000

4.2. La modificabilidad provisional de las medidas definitivas

4.3. Modificación de las medidas provisionales en general

4.3.1. Modificación de los presupuestos de las medidas cautelares

4.3.2. Modificación de las circunstancias tenidas en cuenta

4.3.3. Procedimiento

a) Presupuestos

b) Solicitud

c) Competencia

d) Sustanciación

CAPITULO VI: PROCEDIMIENTO

1. Jurisdicción y competencia

1. 1. Jurisdicción o competencia internacional

En el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se establece que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, lo cual supone una delimitación de la competencia internacional por medio de normas internas, criticable, pues se contradice con la idea de la distribución de la competencia internacional. Como señala SUÁREZ ROBLEDANO, la limitación de la competencia recogida en este precepto responde a reminiscencias del imperialismo jurisdiccional preconstitucional, que vinculaba la jurisdicción a la soberanía estatal¹.

Por el contrario, y con mayor atino, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil no se delimita la competencia expresamente, sino que se remite (art. 36) a lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenios internacionales.

En la materia que nos ocupa, la DA 1ª. de la ley 30/81 de 7 de julio, determina la competencia de los tribunales españoles en el orden civil, así

¹ Los artículos 51 y 70 de la LEC son, como indica SUÁREZ ROBLEDANO, *Competencia judicial internacional, en Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil*, (Fernández Martín dir.); Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, pág. 261, reminiscencias del imperialismo jurisdiccional preconstitucional, que vinculaba la jurisdicción a la soberanía estatal, al igual que el artículo 8 del Código civil, eliminado por la Ley orgánica del poder judicial, que estableció normas de competencia judicial internacional, inspirado en las normas comunitarias, y en concreto el Convenio de Bruselas.

como la posterior LOPJ (art. 22), partiendo de intereses públicos españoles o de particulares dignos de protección².

Si se entiende que las medidas cautelares, y como especie de ellas, las medidas provisionales, pertenecen a un proceso, la atribución de la competencia para dictarlas se entenderá como una norma de competencia funcional, correspondiendo al juez del proceso principal conocer de ellas, con lo que las normas de la DA 1ª. de la ley 30/81 y del artículo 22 LOPJ determinarán la competencia.

Por otra parte, el art. 22.5 LOPJ contiene una norma especial atribuyendo competencia para la adopción de medidas cautelares, en ciertos casos en que existan en el proceso elementos de extranjería.

1. 1. 1. Competencia del juez del proceso principal para dictar medidas provisionales.

Ya hemos indicado que es posible entender que las medidas provisionales se inscriben en el proceso principal, y que por lo tanto la competencia que se atribuya para éste es la misma que para aquéllas, sin necesidad de referencia expresa en este sentido.

² GONZÁLEZ GRANDA, *Extensión y límites de la jurisdicción española*; Barcelona: 1992, pág. 40 y ss., entiende que las normas contenidas en el artículo 22 LOPJ no son normas de atribución de la “competencia judicial internacional”, es decir, relativas a litigios de tráfico externo, sino que son normas de limitación de la jurisdicción en todo tipo de procesos, por medio de la enumeración de diferentes causas de conexión de los litigios con la facultad de juzgar de los Juzgados y Tribunales españoles, y que configuran el volumen de atribuciones de éstos en el orden civil. Al existir límites, algunos supuestos suponen ausencia de jurisdicción de los Tribunales españoles, y por lo tanto, falta de competencia de los mismos, mientras que la extensión de la jurisdicción queda señalada por la suma de los supuestos que quedan “intra límites”.

MORENO CATENA, *Derecho procesal civil*, (con Gimeno y Cortés); Madrid: 1996, pág. 50, indica que la autolimitación al territorio nacional se debe a que el Estado considera que, “*en razón del objeto litigioso, que la tutela jurisdiccional que pretendidamente otorgaran sus tribunales nunca llegaría a ser efectiva por imposibilidad de verse materializada, como ocurriría cuando falta toda conexión del objeto litigioso con nuestro país...*”, y MONTERO, *El nuevo proceso civil* (con Gómez Colomer, Montón y Barona); Valencia: 2000, pág. 122, que de la lista de criterios especiales del 22.3º., 4º., y 5º. puede deducirse la existencia de un cierto imperialismo jurisdiccional.

Nos hemos referido anteriormente a la diversidad de procesos de familia en los que se pueden adoptar medidas provisionales, y que principalmente son los matrimoniales, los de la ruptura de la familia no matrimonial, y los relativos a las cuestiones sobre menores, que pueden entablarse por los cónyuges separados de hecho o por los exconvivientes.

a) Procesos matrimoniales.

Aunque en la DA de la ley 30/81 las normas vienen referidas a las demandas de separación, nulidad o divorcio, y se pueda considerar que se excluyen las medidas provisionales, sobre todo en el caso de la solicitud con anterioridad a la presentación de la demanda, opinamos que dado que forman parte del proceso en cuestión, las normas de competencia son aplicables. Lo mismo ocurriría con el art. 22.3 de la LOPJ, que alude a la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles en el orden civil “*en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad, separación y divorcio...*”.

La ley 30/81 de 7 de julio concretó la competencia de los órganos judiciales españoles para conocer de las demandas de nulidad, separación y divorcio, utilizando criterios de nacionalidad y residencia de los cónyuges, cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española; cuando sean residentes en España; cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, cualquiera que sea la nacionalidad y la residencia del demandado, y cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, sea residente en España.

Por su parte, el artículo 22 de la LOPJ, posterior a la ley 30/81, establece que en el orden civil son competentes los juzgados y tribunales españoles, fuera de la sumisión tácita o cuando se encuentre en España el domicilio del demandado³, en materia de relaciones personales y

³ VEGA SALA, *Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 19 y ss., admite incluso la

patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda; cuando el demandante sea Español y tenga su residencia habitual en España; cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia y siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo⁴.

El sistema competencial establecido por ambos preceptos ha sido criticado, pues, además de no ser coincidente⁵, no se han cubierto todas las situaciones que deberían protegerse, así, el caso del cónyuge español no residente en España que ha contraído el vínculo aquí, o el caso del cónyuge demandado no residente⁶.

En la nueva LEC se remite a la LOPJ, como hemos indicado, estableciendo ciertas limitaciones, como que la jurisdicción no se haya

sumisión expresa, sin embargo entendemos que ello no es posible, dada la especialidad de la materia y la consecuente influencia del principio inquisitivo.

⁴ Señala HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales*, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, (O'Callaghan dir.) Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, pág. 539, que en el artículo 22 de la LOPJ se está estableciendo "no sólo una excepción al principio de respeto a la soberanía jurisdiccional de cada nación respecto de los residentes en su territorio, que sanciona el art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también privilegios competenciales, sin aparente justificación, respecto de quienes están unidos por vínculo matrimonial".

⁵ El art. 22.3º. LOPJ enuncia un ámbito de competencia más reducido que el de la DA 1ª. L. 30/81; concretamente, dicha disposición establece la competencia para el caso de tener la nacionalidad española, mientras que el art. 22.3º. la condiciona a los casos en que promuevan su petición de mutuo acuerdo, y, por otra parte, el criterio de la DA de la residencia del demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, no se recoge en el art. 22.3º., aunque sí en el apartado 2º. del mismo artículo, donde también se incluye la sumisión expresa o tácita. MONTERO, *El nuevo proceso ...*, ob. cit., pág. 122, considera que los criterios del art. 22.3º. entran en juego en defecto de los criterios generales. Entendemos que la sumisión expresa no es aceptable, dada la especial naturaleza de la materia, que impide que los acuerdos adoptados privadamente vinculen, aunque sí la tácita, pues sería absurda la imposibilidad de conocer de un pleito en el que las partes deseen que los tribunales españoles conozcan; así, por ejemplo, el caso de ser español uno sólo de los cónyuges y no residir ninguno de ellos en España, habiendo contraído matrimonio aquí.

⁶ FORNER DELAYGUA, *Normas de Derecho Internacional Privado en materia de derecho de familia. Reconocimiento y ejecución en España de las sentencias extranjeras*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya, 1993, pág. 337.

atribuido con carácter exclusivo a otro Estado, o que el demandado no comparezca si la jurisdicción de los tribunales españoles se basara únicamente en la sumisión tácita (art. 36)⁷, por lo que habrá de acudirse principalmente al Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, aprobado por el Consejo el 29 de mayo de 2000.

b) Procesos no matrimoniales

En cuanto a los procesos de regulación de los efectos de la crisis familiar de la familia no matrimonial, será igualmente posible la sumisión tácita, y regirá como criterio general el del domicilio del demandado.

Respecto a los procesos que siga el matrimonio separado de hecho o los padres no casados exclusivamente sobre las cuestiones relativas a los hijos, la competencia de los tribunales españoles existe en tanto exista sumisión tácita o el demandado tenga su residencia en España (art. 22.2º.), así como cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España.

También se declara la competencia española en materia de alimentos –lo cual puede ser aplicable cuando se soliciten alimentos para el cónyuge en la ruptura de hecho-, además de cuando exista sumisión o resida el demandado en España, cuando el acreedor tenga su residencia habitual en territorio español⁸.

⁷ BANACLOCHE PALAO, «Novedades en la Ley de enjuiciamiento civil en materia de jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional (I)», en *Tribunales de Justicia*, 2000/2, pág. 144, apunta que aunque se remite a la LOPJ para la determinación de la competencia internacional, en la nueva LEC se regula por primera vez el tratamiento procesal de ésta.

⁸ En cuanto a la pretensión de alimentos el Convenio de Bruselas estableció una especialidad: serán competentes para conocer los órganos judiciales del Estado en el que se encuentre el acreedor de los alimentos, con la salvedad de que dicha solicitud sea accesoria a otra relativa al estado de las personas, tal como es el caso de la solicitud de alimentos en el proceso matrimonial.

1. 1 2. Norma competencial autónoma de medidas provisionales

Mientras que en la ley 30/81 no existe norma alguna que determine la competencia internacional para la adopción de las medidas provisionales del proceso de familia⁹, en el apartado 5º. del artículo 22 LOPJ se otorga una competencia genérica para dictar medidas cautelares a los tribunales españoles “*cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España*”, lo que puede entenderse como una norma competencial autónoma, o “norma autónoma de disociación”, como señala GASCÓN INCHAUSTI¹⁰.

Así, cabe entender que los jueces españoles podrán adoptar las medidas provisionales que se les soliciten si existe el elemento personal o material del artículo 22.5, es decir, cuando alguno de los cónyuges o convivientes, hijos comunes, los bienes del obligado al pago o los bienes comunes se encuentren en España aunque los Juzgados españoles no fueran competentes para conocer del fondo del asunto por no cumplirse las reglas del artículo 22.1º. a 22.4º.

Sin embargo, dado que es precisa la existencia de relación de instrumentalidad entre la medida cautelar y el proceso principal, sólo será competente el juez español de concurrir dicha relación, que puede establecerse por medio de Convenio internacional, o bien cuando se prevea que la eventual sentencia extranjera pueda llegar a ser ejecutada en España, según señala GASCÓN INCHAUSTI, por lo que el solicitante de medidas cautelares deberá acreditar *ab initio* la concurrencia de los presupuestos que la LEC fija para que la sentencia sea ejecutable en España¹¹.

⁹ MORENO CATENA, *Procesos civiles especiales*, (con Gimeno y Cortés); Valencia: 1995, pág. 151.

¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero: art. 24 del Convenio de Bruselas*; Granada: 1998, pág. 252 y ss. También se refiere al carácter “transversal” del apartado 5º. del artículo 22, pág. 253.

¹¹ Es decir, los de los artículos 951 y ss., en tanto no entre en vigor la ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil (DD 1.3ª. de la LEC de 2000).

1. 1. 3. El Convenio de Bruselas y las medidas provisionales

El sistema competencial contenido en la LOPJ se corresponde con el del Convenio de Bruselas, en el que se describen algunas zonas de competencia exclusiva (derechos reales inmobiliarios, inscripciones registrales, patentes, sociedades y ejecución), fuera de la cual es posible la sumisión, determinándose un fuero general del domicilio del demandado, y otros especiales.

Las relaciones entre los cónyuges son una materia excluida del ámbito del Convenio de Bruselas de 1968, que trata sin embargo el llamado Bruselas II, todavía ineficaz, “Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial”¹², por lo que no introduce normas competenciales sobre los procesos de familia.

Sin embargo, en relación con las medidas provisionales y cautelares, el artículo 24 del Convenio prevé la posibilidad de solicitar medidas cautelares o provisionales previstas por la ley de un Estado incluso si para conocer el fondo del asunto fueran competentes los tribunales de otro Estado.

La interpretación literal de este precepto supondría la aplicabilidad del Convenio de Bruselas a las medidas provisionales o cautelares concedidas en procesos excluidos por su materia del ámbito de aplicación de dicho convenio, interpretación consecuente con la atribución de naturaleza procesal a tales medidas¹³. Sin embargo, la solución a la que ha llegado el TJCE ha sido diferente.

Dado que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 excluye de su ámbito de aplicación material las cuestiones sobre estado y capacidad de las personas y los regímenes matrimoniales, es controvertida

¹² Véase apartado posterior.

¹³ El carácter autónomo de las medidas provisionales o cautelares del artículo 24 fue esgrimido como argumento por parte del demandante en el asunto De Cavel I para conseguir la eficacia de una resolución de medidas provisionales en un proceso matrimonial. CALVO CARAVACA, Comentario al artículo 1 en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*; (Calvo Caravaca coord.); Madrid: 1995, pág. 49.

su aplicabilidad a las medidas cautelares adoptables en procesos que versen sobre estado civil, capacidad o régimen matrimonial pero que versen sobre cuestiones incluidas en el ámbito material del Convenio.

CALVO CARAVACA, al igual que GASCÓN INCHAUSTI, tras analizar los fundamentos de las sentencias del TJCE sobre la materia¹⁴ apunta acertadamente que la concesión de eficacia de acuerdo con el Convenio de Bruselas a las medidas cautelares dependerá de la incardinación de la concreta medida en una acción incluida en el ámbito del artículo 1 del Convenio, esto es, que la medida cautelar o provisional tienda a asegurar un derecho que no sea relativo al estado civil, capacidad o régimen matrimonial¹⁵.

Así, las únicas medidas cautelares adoptables en el ámbito del derecho de familia susceptibles de ser eficaces en el extranjero de acuerdo con el Convenio serán las que señalen alimentos, ya que el derecho alimenticio forma parte del ámbito objetivo de aplicación del Convenio¹⁶.

De esta manera, las resoluciones provisionales sobre alimentos serán ejecutables en los países firmantes, incluso aunque se conculquen las normas de competencia para conocer del fondo del asunto principal al que se aparejen, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE y la doctrina, que indican

¹⁴ Sentencias del TJCE de 27 de marzo de 1979 (De Cavel I) y 6 de marzo de 1980 (De Cavel II) y S. de 31 de marzo de 1982. Además, en la sentencia de 27 de febrero de 1997 se delimitó el concepto de alimentos, como indica GARCÍA CANO, *Los alimentos en el ámbito europeo*, en *La revisión de los Convenios...*, ob. cit., pág. 286 y ss.

¹⁵ CALVO CARAVACA, Comentario al artículo 1 en *Comentario...*, ob. cit., págs. 48 a 52, y, en el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso civil...*, ob. cit., págs. 18 a 29.

¹⁶ GARCÍA CANO, *Los alimentos en el ámbito europeo*, en *La revisión de los Convenios...*, ob. cit., pág. 279 y 280, apunta que el carácter accesorio habitual de las obligaciones alimenticias a relaciones de familia ha impedido en ocasiones que se consideren incluidas con claridad en el ámbito material del convenio (sentencia de Cavel I), y que precisamente ese carácter conexo aconsejaría la inclusión de la relación alimentaria en el futuro Convenio relativo a la materia de familia y sucesión. Como bien señala MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*; Zürich; 1993, pág. 87, la frontera entre las obligaciones alimenticias y los regímenes matrimoniales es imprecisa, y que la diversa concepción de su contenido por los Estados miembros y el Tribunal de Justicia puede dificultar su determinación, y que la medida provisional que fije el uso de la vivienda familiar o del ajuar puede entenderse inscrita en el derecho alimenticio.

que ninguna disposición del Convenio vincula la suerte de las demandas accesorias a la de las demandas principales¹⁷.

De esta manera, es posible que tenga eficacia en nuestro ordenamiento una medida provisional de alimentos a ejecutar sobre bienes en territorio español. Ante esto, nos cuestionamos la forma de compaginar el artículo 24 del Convenio con la norma interna del artículo 22.5º. de la LOPJ.

El artículo 22.5º. permite a los órganos jurisdiccionales españoles que dicten medidas que deban ser eficaces en España cuando no tengan competencia para conocer del fondo, como señala GASCÓN INCHAUSTI¹⁸,

En este precepto se indica que los Juzgados españoles serán competentes para conocer siempre que existan personas o bienes en el territorio sobre los que adoptar las medidas, mas entendemos que ello no supone la falta de competencia de órganos extranjeros si los Convenios Internacionales así lo determinan¹⁹. Otra cuestión será que el juez nacional pueda adoptar medidas cautelares en virtud de la facultad contenida en el 22.5º. contrarias a las dictadas por la autoridad extranjera, o que levante o modifique las medidas de las que se solicita eficacia por cambio de circunstancias si tiene competencia para ello.

1. 1. 4. El Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes

El 29 mayo de 2000 el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

¹⁷ CALVO CARAVACA, Comentario al artículo 1 en *Comentario...*, ob. cit., pág. 51.

¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares de proceso...*, ob. cit., pág. 246, y también se refiere a la finalidad delimitadora del precepto, que impide que se dicten, con base en el mismo artículo, medidas que deban ser eficaces fuera del territorio nacional.

¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *Ibidem*, pág. 252, indica que “del artículo 22.5º. no puede desprenderse el carácter exclusivo de la competencia para acordar medidas cautelares, ni su contrario.”, y que, por el contrario, dicho precepto actúa como norma de disociación entre el proceso principal y el cautelar.

sobre hijos comunes, de carácter análogo al Convenio de Bruselas de 1968²⁰, aprobado tras su tramitación anterior como Convenio²¹, y que entrará en vigor el 1 de marzo de 2001²²

El ámbito de aplicación quedaría circunscrito, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1, a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación legal y a la nulidad del matrimonio y a los procedimientos relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges con ocasión de las acciones en materia matrimonial citadas. Fuera quedarían, de acuerdo con lo recogido en Considerando nº. 9, cuestiones tales como “la culpa de los cónyuges, los efectos patrimoniales del matrimonio y la obligación de alimentos u otras medidas accesorias”²³.

²⁰ Fue precisamente el éxito de la aplicación del Convenio de Bruselas el que provocó que se planteara una extensión del mismo a las materias de derecho de familia, en vez de crear uno nuevo dedicado exclusivamente a dicho tema. TERRÓN, *Las exclusiones en materia de familia, La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona el 30 y 31 de mayo de 1997 (Borrás ed.); Barcelona: 1998, pág. 462.

En este sentido, en la Exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento anterior a la modificación se indicaba que “al igual que el convenio cuya sustitución se propone, el Reglamento colma una laguna en el ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas de 1968, cuyo artículo primero excluye expresamente las materias relativas al estado y capacidad de las personas; el Reglamento reproduce, por otro lado, la estructura y los principios fundamentales de aquél”.

²¹ Ante la falta de ratificación por todos los Estados miembros del Convenio de 28 de mayo de 1998 antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comisión decidió transformar el Convenio en instrumento jurídico comunitario, reproduciendo su contenido en una propuesta de Reglamento del Consejo, modificada al tenerse en cuenta el dictamen del Parlamento Europeo, así como acontecimientos ocurridos después de la aprobación de la propuesta inicial, incorporando algunas modificaciones adoptadas a nivel del Consejo. Exposición de motivos, apdo. 2, Propuesta modificada de reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/2000/es_500PC0151.html.

²² Así se indica en el comunicado de prensa del Consejo. Véase <http://www.europa.eu.int/rapid/start/...t=gt&doc=PRESS/00/183/0|AGED&lg=ES>, a diferencia de lo que se establecía en la propuesta modificada de Reglamento, que se refería al 1 de enero de 2000.

²³ En este sentido, en la Exposición de Motivos del Reglamento se indica que las limitaciones establecidas en relación con los hijos no matrimoniales no impide que los Estados miembros decidan en el futuro aplicar criterios de competencia idénticos a los establecidos para hijos matrimoniales, y que mientras tanto los criterios de competencia aplicables se regularán por el Derecho interno.

En el art. 2 del Reglamento se establecen reglas de competencia judicial internacional directa, que deben ser examinadas de oficio por el juez, donde se determinaría la competencia exclusivamente en razón de la nacionalidad o de la residencia habitual de los cónyuges, sin establecer una jerarquización de los fueros adoptados, precisamente como consecuencia de las modificaciones de la situación que se produce en las rupturas de matrimonios con elemento extranjero²⁴.

En relación con las medidas provisionales, el art. 12 dispone que *“en caso de urgencia, las disposiciones del Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas cautelares o provisionales contempladas en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro relativas a las personas o los bienes presentes en dicho Estado miembro, aún cuando, en virtud del Reglamento, fuera competente un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro para conocer sobre el fondo”*.

Se plantean tres cuestiones en relación con este artículo: la primera, determinar el ámbito del art. 12, es decir, si se permite la adopción de medidas que rebasan el ámbito de aplicación del Reglamento, la segunda, establecer qué eficacia se otorga a las medidas adoptadas ex. art. 12, transnacional o nacional, y la tercera, qué relación tiene la medidas ex. art. 12 con las medidas definitivas de acuerdo con el artículo 1.

ALEGRÍA BORRÁS considera que las medidas pueden no pertenecer al ámbito material del convenio, a diferencia de lo ordenado por el artículo 24 del Convenio de Bruselas, que extendería su protección a materias cubiertas por el Convenio, y que a diferencia de éste, que concede a las medidas efectos extraterritoriales, el artículo 12 otorga únicamente efectos territoriales en el Estado en el que se adopten²⁵.

²⁴ BORRÁS, Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. Diario Oficial n°. C 221 de 16 de julio de 1998, págs. 0027 a 0064, <http://www.europa.eu.int/eur-lex>, pág. 7 y 10.

²⁵ BORRÁS, Informe explicativo..., ob. cit., pág. 22.

Por el contrario, entendemos que, igual que ocurre con el Convenio de Bruselas I, el Reglamento sólo puede afectar a las medidas provisionales relacionadas con los procesos objeto del Reglamento, es decir, con los pronunciamientos de nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental, esto es, medidas provisionales como la que permite la separación provisional y la que determina provisionalmente la guarda y la distribución provisional de las funciones de la patria potestad. Los criterios deben ser los mismos que establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo en relación con las medidas cautelares reguladas por el Convenio de Bruselas I²⁶, y tener por tanto un ámbito de aplicación de medidas en la órbita del ámbito principal y tener eficacia extraterritorial, pues lo contrario no tiene sentido, dado que permitir el dictado de unas medidas provisionales sobre una materia que no es la regulada en el Convenio, con eficacia únicamente territorial, es inútil, ya que, tampoco tendría el artículo una función reguladora, puesto que las medidas deben, según el artículo 12, estar contempladas en el ordenamiento jurídico de dicho Estado.

Así, en relación con el ámbito de aplicación, y de acuerdo con lo indicado en el artículo 1, las medidas provisionales relacionadas con el fondo del asunto serán, en relación con los pronunciamientos sobre el matrimonio y la responsabilidad parental, y fuera de las medidas provisionales que permitan la separación, aquellas relativas a las costas como las *litis expensas*, pues en el artículo 13 se indica la aplicabilidad del Reglamento a éstas.

En cuanto a las medidas atinentes a la responsabilidad parental, podrán ser medidas de carácter personal como la guarda y custodia y otras relativas a bienes, como la determinación de alimentos, etc. En este sentido,

²⁶ Además, nada se indica sobre la imposible extraterritorialidad de las medidas que en virtud de este artículo se dictaran, por lo que, de la misma manera que ex. art. 24 del Convenio de Bruselas I las medidas cautelares pueden tener eficacia extraterritorial, lo pueden tener las medidas que se dicten de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento, pues entendemos que la única diferencia entre lo señalado entre ambos artículos radica en el presupuesto de la urgencia en el artículo 12 del Reglamento.

en el comentario de los artículos de la Exposición de Motivos del Reglamento se indica que la extensión del concepto de responsabilidad parental “debe ser precisada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que la responsabilidad se examina”.

También entendemos que las medidas adoptables sí pueden ser en principio objeto de ejecución en otro país, sin embargo, dado que el artículo 12 se refiere a la adopción de medidas sobre las personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, difícilmente serán objeto de ejecución en otro Estado miembro, salvo que exista un traslado de los bienes o personas, caso en el que entendemos que se ejecutará la medida urgente, siempre que no colisione con la resolución urgente dictada por el juez del lugar en el que se hallen las personas o los objetos o con las medidas provisionales o definitivas del órgano judicial competente de acuerdo con el Convenio, de acuerdo con el apartado segundo del mismo artículo.

En relación con la eficacia del Reglamento y el derecho vigente, concretamente el artículo 22 de la LOPJ, entendemos que los preceptos de éste cumplirán su función para el caso de que el sistema establecido en el Reglamento no pueda determinar la competencia²⁷, y que la medidas provisional o cautelar adoptada en el extranjero y con eficacia en España ex. art. 12 podrá ser modificada, levantada o contradicha por las medidas adoptadas por el Juez nacional ex. art. 22.5º. LOPJ.

1. 2. Competencia

1.2. 1. Competencia objetiva

Como señala MORENO CATENA, la materia objeto del proceso ya no es el factor clave para el análisis de la competencia objetiva, puesto que con carácter general corresponde el conocimiento de todos los procesos civiles a los Juzgados de Primera instancia, y la única trascendencia de la

²⁷ BORRÁS, Informe explicativo..., ob. cit., pág. 17, considera que este precepto indica una competencia residual, y que también ejercería esta función el apartado 2 del mismo artículo, que permite la sumisión expresa o tácita

materia es la atribución por el Consejo General del Poder Judicial a algunos de éstos del conocimiento de determinadas materias por la vía del artículo 98 de la LOPJ²⁸, posibilidad que afecta al ámbito de los procesos de familia, puesto que la mayoría de los juzgados especializados lo están en familia.

El origen de los Juzgados de Familia se debe al Real Decreto 1322/1981²⁹, que atribuyó competencia para conocer de las cuestiones relativas a las relaciones paternofiliales y a la separación, nulidad y divorcio, así como de aquellas otras que la ley determinase a los Juzgados que creaba en Madrid, Barcelona, Sevilla, Málaga, Valencia, Bilbao, Zaragoza, Córdoba, La Coruña, Granada, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Pamplona, San Sebastián y Valladolid; posteriormente, el CGPJ, en virtud de la facultad otorgada por el artículo 98 LOPJ, estableció los de Valladolid, Alicante, Vigo, Pamplona, San Sebastián, Baracaldo, Vitoria y Santa Cruz de Tenerife, ampliando además el número de Juzgados de Familia

²⁸ MORENO CATENA, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág. 55.

En el artículo 98 de la LOPJ se dispone que *el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate*, con lo que se permite que por una vía distinta a la legal se determine la competencia judicial. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil* (con Fernández López), vol. I; Madrid: 1996, pág. 59, indica “que un órgano gubernativo como el Consejo General del Poder Judicial pueda constituir tribunales especiales (como son los juzgados especializados), aunque sea con carácter estable, no es conforme con el principio o garantía del juez predeterminado por la ley, que el art. 24.2 CE eleva a la categoría de derecho fundamental...Porque aquí no estamos ante una última determinación del órgano que ha de conocer, como puede ser la del reparto entre órganos cualitativamente iguales de un mismo territorio, sino ante un mandato de un órgano gubernativo de sustancia similar a la de una norma sobre competencia objetiva, que tiene reserva de ley expresa según el art. 117.3 CE”. En el mismo sentido, VALENCIA MIRÓN, *Juzgados de Familia. Juzgados de primera instancia especializados y normas de reparto*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastián: 1992, pág. 102.

²⁹ ALMAGRO NOSETE, *Derecho procesal*, Tomo I, Proceso civil; Madrid: 1996, vol. II, pág. 522, señala que estos juzgados inicialmente tuvieron la condición de jurisdicción especializada, si bien la LOPJ suprimió este carácter, al establecerlos a través del art. 98 LOPJ.

en las capitales con mayor número de Juzgados de Primera Instancia³⁰, y llegándose incluso a crear Juzgados de Familia especializados en determinadas materias³¹.

La ley 30/81, DF, estableció que los Juzgados de Familia asumirían las funciones atribuidas en esa ley a los Juzgados de Primera Instancia, y la posterior LOPJ no introdujo modificaciones -fuera de la potestad del Consejo de crear nuevos juzgados especializados-, disponiéndose en su DT 34ª. que los órganos jurisdiccionales existentes continuarían con la organización y competencia que tuvieran a la fecha de entrada en vigor de esa ley.

Contra lo que se pueda pensar *ab initio*, los Juzgados de Familia no son tales, sino que son Juzgados de primera instancia especializados en determinados asuntos de familia, ya que no guardan ninguna especialidad respecto a los Juzgados de primera instancia salvo la competencia que se les atribuye y no son competentes de toda la materia de familia, sino sólo de aquella que se les atribuya, de acuerdo con lo dispuesto por el Real Decreto creador o el acuerdo del CGPJ que diera origen a su diferenciación³².

Ha sido controvertido la inclusión en el ámbito de competencia de dichos juzgados de cuestiones relativas a la crisis familiar, tales como los procesos sobre la ruptura de la pareja de hecho, u otros entre los cónyuges que no tuvieran como pretensión principal un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio, o incluso la liquidación del régimen económico matrimonial:

“Los Juzgados de Familia tienen una competencia objetiva perfectamente delimitada, pues es exclusiva en cuanto se les atribuye por disposición expresa legal el conocimiento de las

³⁰ En el Acuerdo de 17 de diciembre de 1997 se indica que el criterio de creación de Juzgados de Familia es hasta la fecha el de la existencia de más de seis Juzgados de Primera Instancia.

³¹ VALENCIA MIRÓN, *Juzgados de Familia...*, ob. cit., pág. 101.

En concreto, en el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 18 de diciembre de 1996 se otorga al Juzgado nº. 13 de Valencia competencia para conocer de internamientos, incapacidad, filiación, alimentos y sucesiones.

³² VALENCIA MIRÓN, *Juzgados de Familia...*, ob. cit., pág. 85.

cuestiones comprendidas en el Tít. IV (arts. 154 a 180) del Lib. 1º. CC. y aquellos otros que en materia de familia le sean otorgados legalmente. Esta atribución competencial es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer dichos Juzgados otras materias que las explicitadas (arts. 53 y 55 LEC y 85 y 98 LOPJ)³³.

El Tribunal Supremo se ha referido a la limitación de su competencia en su sentencia de 8 de marzo de 1993 en lo relativo a las cuestiones relativas a los convivientes, mientras que las relativas a sus descendientes sí son competencia del Juzgado de Familia, lo que supone una división de la continencia de la causa en el caso de existir en el partido judicial Juzgado de familia, ya que a éste se le atribuye la competencia para conocer de las cuestiones relativas a los hijos, mientras que se sutanciarán ante el Juez de Primera Instancia el resto de los asuntos que conciernan a los convivientes, lo cual puede provocar que se dicten resoluciones contradictorias, además de otros graves inconvenientes económicos o emocionales, como señala HIJAS FERNÁNDEZ³⁴.

En cuanto a lo relacionado con la liquidación del régimen, pese a pronunciarse el TS en un principio en contra de la inclusión de éste en el objeto competencial de dichos Juzgados³⁵, finalmente ha reconocido lo

³³ STS de 2 de junio de 1994, La Ley 1994, 724.

³⁴ HIJAS FERNÁNDEZ, *Las uniones extramatrimoniales...*, ob. cit., pág. 540 y ss.

Mientras que la posible acumulación de las acciones supondría una ventaja en la regulación procesal de las crisis no matrimoniales respecto de las matrimoniales, así como la posibilidad de recurrir en casación la sentencia obtenida en segunda instancia, el problema de la división de la causa caso de existir Juzgado de Familia, además de la indeterminación del proceso regulador, y la consiguiente admisibilidad de las medidas provisionales produce tales inconvenientes como para entender discriminatorio el trato a los miembros de la familia paramatrimonial

³⁵ En la sentencia del Tribunal Supremo de dos de junio de 1994, RJ 1994/4573, se indicaba que los Juzgados de Familia tienen una competencia perfectamente delimitada por su decreto creador, y que la referencia del artículo 95 del Código civil al efecto disolutivo del régimen económico matrimonial no produce una ampliación de la competencia de éstos para conocer de dichas cuestiones, que resultan competencia de los Juzgados ordinarios, al no constituir cuestiones especializadas en las que predominen las relaciones propias del estado matrimonial. PÉREZ CALONGE, *Aspectos procesales y*

contrario³⁶, y además, de forma pareja, en algunos de los Acuerdos del CGPJ se ha recogido la competencia³⁷, y en la LEC de 2000 se introduce una importante novedad en este punto, al crear un procedimiento específico de liquidación del régimen económico matrimonial, cuyo conocimiento atribuye al juzgado que conoció del proceso matrimonial (art. 807)³⁸.

sustantivos de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, en situaciones de patología o crisis del matrimonio, en Problemas candentes en los procesos de familia, Madrid: 1995, pág. 360.

³⁶ Así, las sentencias de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8277), de 14 de marzo de 1997 (RJ 1997/1937), de 23 de marzo de 1998 (RJ 1998/1515), de 2 de junio de 1999 (RJ 1994/4573), y de 8 de julio de 1999 (RJ 1999/4763) indicándose que “*es evidente que la liquidación del régimen económico matrimonial, en cuanto consecuencia necesaria de dicha sentencia firme (la sentencia de nulidad, separación o divorcio), solamente puede lograrse a través del trámite de ejecución de la expresada sentencia, por lo que la competencia funcional para conocer de tal ejecución de sentencia corresponde exclusivamente al juez que la dictó...*”.

Por lo tanto, parece que el trámite apropiado para la liquidación del régimen económico será la ejecución de sentencia, aunque HIJAS FERNÁNDEZ, *Los cauces procesales de liquidación de la sociedad de gananciales*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*; Madrid: 1996, pág. 335, apunta que se puede acudir también al declarativo correspondiente. DÍEZ PICAZO, Ignacio, «Liquidación de sociedad de gananciales: competencia de los Juzgados de Familia. AP Madrid Sección 22ª. Auto 17 septiembre 1996», *Tribunales de Justicia* 1997/4, pág. 472, entiende que “no deja de resultar anómalo que un expediente de jurisdicción voluntaria o un juicio declarativo ordinario se erijan en incidentes de ejecución de una sentencia matrimonial”.

³⁷ En los Acuerdos del Consejo General del Poder Judicial desde el año 1994 se está atribuyendo expresamente la competencia para conocer de la liquidación de los gananciales a los Juzgados de Familia, aunque no en todas las ocasiones; así, en los acuerdos de 30 de noviembre de 1994 se extiende la competencia de los Juzgados de Familia de Valladolid y Córdoba a la liquidación de la sociedad de gananciales, así como en los de 17 de diciembre de 1997 a los de Vitoria y Bilbao, y en el acuerdo de 19 de junio de 1998 al de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de julio de 1998 a los de Murcia, de 6 de octubre a los de Palma de Mallorca y de 6 de octubre de 1999 a los de Sevilla. Por otra parte, en otros acuerdos como los de 1 de diciembre de 1999 o de 20 de julio de 1998 se otorga competencia a determinados Juzgados para conocer genéricamente de los “asuntos propios de los Juzgados de Familia”, sin concreción respecto de la liquidación de gananciales, sin embargo, entendemos que siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo la extensión de la competencia de dichos Juzgados sobre estas cuestiones se entiende implícita, siendo deseable, como indica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; «Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre creación de Juzgados de Familia. Atribución de competencia en materia de liquidación de sociedad de gananciales»; *Tribunales de Justicia* 1998/11, pág. 1099, que el Consejo unificara sus disposiciones sobre el tema.

³⁸ Por medio de esta nueva regulación se introduce la posibilidad de iniciarse el procedimiento para la liquidación desde el momento de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues en el artículo 808 se indica que admitida la demanda cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario, primera etapa del

Sería conveniente, además de que se declarara la competencia de los Juzgados de Familia para conocer de las cuestiones derivadas de la ruptura no matrimonial, que se dotara a dichos Juzgados de carácter de órgano judicial mixto especializado, como apuntan GUZMÁN y CASTILLEJO, incrementándose sus competencias en relación con los problemas delincuenciales de los menores o de malos tratos entre cónyuges o convivientes, pues el interés público o general común a todas estas cuestiones, así como la intrínseca relación entre las cuestiones penales y las relaciones familiares, aconsejaría su sustanciación ante el mismo órgano jurisdiccional especializado³⁹.

1. 2. 2. Competencia funcional

No existe una norma expresa de atribución de las medidas cautelares a determinado órgano jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre con la recusación, cuestiones de competencia, acumulación de autos que se sigan en distintos juzgados, incidentes, ejecución o recursos, mas se puede entender que las medidas cautelares son incidentes del proceso principal, y que por lo tanto corresponde su adopción, en general, al órgano que esté conociendo de la cuestión principal, de acuerdo con el artículo 55 LEC de 1881 o 61 de la LEC de 2000⁴⁰.

procedimiento de liquidación, la cual se producirá una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico matrimonial.

³⁹ GUZMÁN y CASTILLEJO, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*; Madrid: 2000, pág. 27 y ss. Apuntan también que sería preciso que los Jueces de familia tuvieran una preparación especial, a través de la que se les proporcionaran conocimientos de carácter psicológico, pedagógico, etc., y que estos tribunales contaran con equipos multidisciplinares (págs. 38, 40 y 44).

Hasta el momento, sólo en los Juzgados de Familia existe personal especializado en psicología o trabajo social, mientras que los jueces de los Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción han de acudir a servicios de la Gerencia Territorial para obtener un informe psicológico, social o psicosocial. Véase *Otrosí*, marzo de 2000, nº. 13, pág. 58, en relación con los juzgados de Majadahonda.

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*; Barcelona: 1999, pág. 59, apunta que la competencia sobre medidas cautelares es en general se resuelve como una norma de competencia funcional.

De todas formas, también se determina concretamente la unión entre la potestad cautelar y la declarativa en el artículo 1428 de la LEC de 1881, en el cual se establece la competencia del juez de la demanda principal para dictar medidas cautelares, y en el mismo sentido, el artículo 723 de la Ley 1/2000 dispone que la competencia para adoptar medidas cautelares corresponde al tribunal que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si éste no se hubiera iniciado, el que fuera a conocer de la demanda principal.

a) Competencia para dictar medidas previas

Sin embargo, existe cierta especialidad en el caso de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales, pues, aunque se atribuya al juez que conozca de la demanda principal competencia para dictar las medidas provisionales en general, y específicamente las coetáneas que se soliciten junto a la pretensión principal, la atribución de competencia para dictar medidas previas no es clara.

La norma general en las medidas cautelares previas a la interposición de la demanda es que el juez competente es el mismo al que correspondería la futura causa principal, mas las medidas previas de los procesos matrimoniales, el artículo 1881 de la LEC de 1881 –cuya eficacia es debatida- atribuye la competencia al juez del domicilio del solicitante, al igual que el artículo 771 de la LEC de 2000, lo cual es coherente con la finalidad de aumentar la efectividad de la medida cautelar, como señala ORTELLS⁴¹.

Consideramos que en todo caso, las medidas cautelares previas pueden solicitarse en caso de urgencia al juez del lugar en el que se

⁴¹ ORTELLS RAMOS, «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», en *Actualidad Civil*, nº. 42, noviembre de 1996, pág. 930 apunta que la finalidad de exceptuar las reglas generales de competencia en relación con las medidas cautelares que se admiten con carácter previo al proceso principal sería aumentar la efectividad de la medida cautelar.

encontraran las personas o bienes sobre los que se ejerciera la cautela, tal como se recoge en derechos como el alemán o el francés⁴².

El artículo 771 de la nueva LEC zanja las discusiones precedentes sobre la aplicabilidad del fuero establecido en el artículo 1881 de la LEC de 1881, ya que no sólo reitera su contenido, sino que lo hace vinculante: en dicho artículo se dispone como juez competente el del domicilio del solicitante, que puede no coincidir con el que habrá de conocer del proceso principal; esta circunstancia producirá graves inconvenientes, derivados de la imposibilidad de adoptar medidas previas el juez competente del pleito principal si no coincide con el del domicilio de la parte solicitante, por lo que entendemos que habrán de introducirse mecanismos correctores, como podría ser facultar que se presente la solicitud de medidas previas ante el órgano competente para conocer del pleito principal.

b) Competencia en segunda instancia

En caso de apelación de una sentencia de nulidad, separación o divorcio sin ejecutar provisionalmente los pronunciamientos sobre medidas, se puede plantear la posibilidad de acordar medidas provisionales en la segunda instancia si no se dictaron con anterioridad, o modificar las medidas provisionales adoptadas.

Respecto a las medidas cautelares en general, en la LEC de 1881 no se hace referencia expresa a la competencia para modificar o dictar las medidas cautelares en la segunda instancia, mientras que en la nueva LEC se establece expresamente en el art. 723.2 la competencia del tribunal que

⁴² VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *Das Verfahren in Familiensachen*, Berlin: 1997, pág. 95 y 96, apunta que aunque es juez competente para las medidas provisionales aquel que sea competente para la causa principal en curso o que se vaya a iniciar, en casos urgentes será competente el juez en cuya circunscripción se encuentre la cuestión litigiosa, y ello se establece en el art. 620 Zivilprozessordnung. En el mismo sentido, el art. 1119 del NCPC francés otorga competencia para modificar las medidas provisionales en caso de apelación y de sobreviniencia de un hecho nuevo, al primer presidente de la corte de apelación o al consejero de la mise en état.

conozca en segunda instancia o del recurso extraordinario de infracción procesal o casación.

En relación con las medidas de los procesos matrimoniales, la cuestión se plantea más vivamente en el sistema de la Ley de enjuiciamiento civil vigente, ya que en la nueva LEC se ha establecido que “los recursos que se interpongan contra las sentencias no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta” (art. 774.5), con lo que las medidas provisionales tienen limitada su eficacia a la primera instancia, si bien, de haberse otorgado otras medidas cautelares, son susceptibles de modificación o de nuevo dictado por el tribunal que conozca de la segunda instancia, de acuerdo con el art. 723.2⁴³.

Contra la competencia de la AP para dictar medidas se ha argumentado que el art. 103 del Código civil y 1886 y ss. de la LEC de 1881 hacen referencia a “juez”, y por lo tanto, al de primera instancia⁴⁴, sin embargo, entendemos que el dictado o modificación de las medidas estando el pleito pendiente en la segunda instancia debe corresponder en todo caso al órgano competente del asunto principal, es decir, la Audiencia Provincial, por tratarse de una cuestión incidental al proceso principal, y además porque con ello se evitaría la duplicidad de conocimiento de la misma cuestión por dos órganos judiciales y la consecuente posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias por ambos órganos⁴⁵.

En otros ordenamientos se observa la aplicación de esta regla de competencia funcional, recogida en la nueva LEC en relación con las medidas cautelares en general: en el sistema alemán se estima que el procedimiento de

⁴³ Si bien, de acuerdo con el art. 730, la solicitud de medidas con posterioridad a la presentación de la demanda habrá de basarse en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

⁴⁴ Así, HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal en el derecho de familia, Derecho de familia», en *Cuadernos de derecho Judicial*, 1993, X, pág. 364, y lo mismo se señala en la sentencia de la AP Madrid de 29 de septiembre de 1992. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*; Madrid, 1994, pág. 398 y 399.

⁴⁵ En este sentido, GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio...*, ob. cit., pág. 144.

medidas es una consecuencia del proceso principal siendo competente para conocer de las medidas provisionales el juez de primera instancia o el tribunal de apelación cuando el proceso se halle en segunda instancia⁴⁶, y en Francia, si la sentencia es recurrida en apelación, según el artículo 1083 del Code de Procedure civile, la modificación de las medidas definitivas ejecutables provisionalmente corresponde al primer presidente del tribunal de apelación o al consejero de la “mise en état”, al igual que si las medidas eficaces son las provisionales, de acuerdo con el 1119.

1. 2. 3. Competencia territorial

Ya nos hemos referido a la instrumentalidad de las medidas provisionales respecto del proceso principal. Una de las consecuencias de la relación de instrumentalidad es la concepción del proceso de medidas como una parte del proceso principal, aplicándose en lo relacionado con las medidas provisionales los preceptos que determinan la competencia para conocer del principal, y, en general, la competencia territorial para dictar medidas cautelares es la misma que para el proceso principal, sin embargo, en determinadas materias como la matrimonial existen excepciones, y así, se contienen en los artículos 1881 de la LEC de 1881 y 771 de la LEC de 2000 normas de competencia territorial para dictar medidas previas que se distinguen de la competencia determinada con carácter general para los procesos matrimoniales.

a) Competencia territorial para medidas previas en los procesos matrimoniales en la LEC de 1881

La DA 3ª. De la ley 30/81 conjuga el sistema de competencia territorial para conocer de los procesos matrimoniales por medio de unos fueros legales excluyentes, basados en la residencia de los cónyuges en idéntico o distinto partido judicial. Si residen en el mismo partido, vivan juntos o separados, el

⁴⁶ 620 a) IV Zivilprozessordnung: *Zuständig ist das Gericht des ersten Rechtszuges, wenn die Ehesache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsinstanz.*

juez competente será el de éste, y si no, se presentan dos fueros electivos; el del último domicilio conyugal o el de residencia del demandado, si bien cuando el domicilio o residencia del demandado fueran desconocidos, podrá demandarse en el lugar donde se halle o en la última residencia conocida de éste⁴⁷.

De entenderse que el juez competente para conocer de las medidas cautelares previas a la demanda principal es el mismo que conocerá de ésta, la regla de competencia de la referida DA 3ª. será válida tanto para las medidas previas como para las coetáneas.

Sin embargo, ya hemos señalado que existen excepciones a esta regla, con el fin de aumentar la eficacia de la medida. Así, el artículo 1881 LEC establece una norma de competencia territorial diferente a la establecida para el procedimiento principal, haciendo competente para conceder la facultad de separarse provisionalmente al juez de primera instancia del domicilio de la mujer solicitante, lo que se confirma en el art. 1893. II LEC, que se refiere a la comunicación del juez que conoce de la demanda principal al que dictó las medidas previas de la caducidad de la instancia o inadmisión de la demanda⁴⁸, aunque la aplicabilidad de esta norma es controvertida⁴⁹.

MUÑOZ SABATÉ considera que este artículo está derogado, y que la norma general de los procesos matrimoniales contenida en la DA 3ª. de la ley 30/81 de 7 de julio fija la competencia territorial más adecuada, "ya que se

⁴⁷ La DA 3ª. indica que "*Será juez competente para conocer de los procesos de nulidad, separación y divorcio el de primera instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado*".

En los ordenamientos de los países vecinos se observa la común regla principal para la competencia territorial de acudir al domicilio del lugar de residencia de la familia; así, Italia, de acuerdo con FORTINO, *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*; Milano (Italia): 1997, pág. 294, o Francia (COUCHEZ, *Procédure civile*; Paris: 1998, pág. 59).

⁴⁸ "Si la terminación obedece a la caducidad de la instancia, el juez o Tribunal que conozca de la demanda podrá comunicarlo al juez que hubiere adoptado aquellas medidas, sin perjuicio del derecho que a este respecto asiste a las partes."

⁴⁹ Véase, en relación con la interpretación del término "concordantes", el apartado 3.1.1.



trata de una regla competencial creada *ad hoc* para toda clase de procesos de nulidad, separación y divorcio", y al decir "procesos" se entienden incluidas sus incidencias, es decir, aquellos procedimientos accesorios que guardan conexión con el asunto principal⁵⁰.

Siguiendo una interpretación literal de la DA 3ª., al considerar el *domicilio conyugal* como el *habitual* de la familia, el cónyuge se vería obligado a presentar la solicitud ante el juez correspondiente al domicilio conyugal, con la consecuente eliminación de la rapidez en la respuesta judicial ante una situación perentoria, como la de una situación familiar insostenible en un momento en que el lugar donde se halle el solicitante no coincida con el que posteriormente determine la competencia territorial, como puede ocurrir en la estancia estival en otro partido judicial distinto del habitual.

Este problema puede ser resuelto con una interpretación correctora, tal como defiende BONET NAVARRO⁵¹, que considera indiscutible que será el juez de primera instancia o Juzgado de Familia del domicilio del instante, es decir, el lugar donde se encuentre el solicitante, el órgano que deba conocer del asunto, lo que estimamos acertado tanto en la interpretación de la expresión "domicilio conyugal" de la DA 3ª. como de "su domicilio" del art. 1881 LEC⁵²

⁵⁰ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*; Barcelona: 1981, pág. 129.

En la STS de 23 de abril de 1982, La ley 1982-3, 598, se considera que la norma de competencia territorial para dictar medidas previas no es la del 1881, sino la de la DA 3ª. de la ley 30/81.

SANZ VIOLA, SANZ VIOLA, «Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las leyes de 7 de julio de 1981 y 6 de agosto de 1984»; *La Ley*, 1985-3, pág. 1023, también manifiesta a favor de la aplicación de las reglas de competencia territorial de la DA 3ª. para la solicitud de medidas urgentes.

⁵¹ BONET NAVARRO, *Matrimonio y divorcio: Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil* (Lacruz coor.). Madrid: 1982, pág. 1003.

⁵² MORENO CATENA, *Procesos civiles especiales...*, ob. cit., pág. 173, señala que la norma competencial del artículo 1881 es aplicable por la remisión de los arts. 1884 y 1885 a los concordantes, RIFÁ, FERNÁNDEZ LÓPEZ y VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, tomo VIII; Madrid: 1992, pág. 260, también apoyan la presentación ante el juez del domicilio del instante

Por otra parte, hemos de considerar derogado el art. 1892 LEC en cuanto señalaba competente para dictar las medidas coetáneas al mismo juez que conociera de las previas, puesto que como señala VILLAGÓMEZ *"dicho precepto no puede entenderse subsistente, en cuanto que las medidas provisionales constituyen actualmente un incidente del proceso principal de nulidad, separación o divorcio, que se sustancia, admitida la demanda (art. 103 C.c.), por el mismo juez que tiene atribuida la competencia para conocer de ésta (el que resulte de la aplicación de los fueros establecidos en la DA 3ª.)"*⁵³.

b) Competencia territorial para medidas previas en los procesos matrimoniales en la LEC de 2000.

En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se establece un sistema coherente con lo dispuesto en el Código civil, haciendo suya la mayor parte del contenido de las disposiciones adicionales de la ley 30/81 y tomando ciertas referencias del obsoleto articulado de las medidas provisionales en relación con la mujer casada de la LEC. Respecto de la competencia territorial, la nueva LEC recoge las normas de la DA 3ª. de la ley 30/81, y la del artículo 1881, estableciendo el artículo 771 que el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio podrá solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del C.c. ante el tribunal de su domicilio, un fuero diferente al de la tramitación de la cuestión principal y sus medidas provisionales y definitivas aparejadas⁵⁴.

GENEROSO HERMOSO, *Práctica sobre los procedimientos matrimoniales de separación y divorcio* (con Muñoz Fernández); Madrid: 1999, pág. 79, considera que será competente el juez del domicilio del cónyuge solicitante.

⁵³ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*; Granada, 1995, pág. 75.

⁵⁴ La competencia para dictar medidas coetáneas es la señalada para el proceso principal en la nueva LEC, introduciendo un fuero residual, el del domicilio del actor, para el caso de imposibilidad de determinar la competencia de acuerdo con los fueros preferentes, y un cambio en los procedimientos de mutuo acuerdo, en donde la competencia será electiva, entre el último domicilio común o el domicilio de cualquiera de los solicitantes.

La existencia de una norma competencial diferente para las medidas previas a la demanda se justifica en que de esta manera se puede resolver más adecuadamente una situación de urgencia. Entendemos, en todo caso, que la referencia al domicilio no limita la competencia al juez del domicilio habitual o la residencia, y que incluso el juez del domicilio del momento podrá dictar las medidas. No hay que olvidar que para la solicitud de este tipo de medidas no existen limitaciones en cuanto a la presentación de documentos que acrediten la situación de que se trate

Pese a representar en un principio un avance la posibilidad de demandar en el lugar en el que se encuentre el cónyuge necesitado de protección, se aprecia una grave deficiencia por no permitir que el juez competente para conocer del pleito principal pueda serlo respecto de las medidas provisionales previas a la demanda, ya que no se pueden solicitar medidas previas al juez competente para conocer del pleito principal si éste no se corresponde con el competente para la solicitud de medidas previas, de acuerdo con el artículo 771.1.

Se trata de un error del legislador, ya que se debería permitir en todo caso que el juez del pleito principal pueda dictar medidas previas⁵⁵, posibilitando que el cónyuge presente la solicitud ante él, con lo que se evitaría el conocimiento del caso por distintos órganos judiciales⁵⁶, o que lo haga ante el juez del lugar en que se encuentre, únicamente para caso de urgencia.

c) Competencia para dictar medidas relativas a menores

La nueva LEC establece un nuevo procedimiento sobre guarda y alimentos de hijos menores de edad exclusivamente, en el que la competencia se atribuye al tribunal del último domicilio común de los

⁵⁵ En el art. 771.1, tras “ante el tribunal de su domicilio” se debería introducir “o el competente de acuerdo con las normas del art. 769”.

⁵⁶ Esta era la finalidad de la enmienda 668 del grupo parlamentario socialista presentada al artículo 773.1 del Proyecto en el Congreso, no acogida finalmente.

progenitores, y de residir éstos en partidos judiciales distintos, al del domicilio del demandante o de residencia del menor, a elección del demandante (art. 769.3), y en este procedimiento es posible adoptar medidas provisionales, como dispone el art. 770.6°.

No se establece norma competencial especial para medidas provisionales, por lo que es cuestionable si se aplicarán únicamente los criterios de competencia territorial del art. 769.3, o bien, dada la alusión en el artículo 770.6° a la aplicabilidad de los trámites de medidas provisionales matrimoniales para la adopción de las medidas cautelares adecuadas a los procesos de menores, también el criterio competencial del artículo 771 de medidas previas matrimoniales.

Entendemos que, en caso de urgencia, las medidas cautelares se pueden adoptar por el juez incompetente para conocer del proceso principal, de acuerdo con lo establecido en el art. 725.2, lo que permite que se soliciten medidas a órganos distintos que los que resultarían de aplicar el apartado tercero del artículo 769, con lo que se salvaría la necesidad de adoptar el sistema del artículo 771, que además se refiere al domicilio del solicitante, el cual en ningún caso es objeto de protección en este tipo de procesos.

d) Cuestiones de competencia para medidas coetáneas

Frente al criterio general de que la competencia territorial es disponible, han proliferado en nuestro ordenamiento reglas imperativas para proteger determinadas situaciones⁵⁷, mas en ocasiones no se ha concretado la forma de control de la concurrencia de los requisitos competenciales.

⁵⁷ En determinados asuntos el principio dispositivo no es aplicable, pues ya las cuestiones a debatir en el proceso están afectadas de un interés público que impide la disposición absoluta de los derechos que en éste se discuten; así, MORENO CATENA, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág. 65 y ss., apunta el interés en evitar una hipotética indefensión, o cuando se tratan derechos dentro del ámbito civil de carácter indisponible, total o parcialmente, casos en los que el sistema legal articula unas restricciones a la facultad de libre disponibilidad del fuero, recogidas tanto en las leyes especiales como en la LEC, que en la actualidad se van incrementando, y entre las que se encuentran las normas procesales en materia de matrimonio. *Ibidem*, pág. 66

Este sería el caso de la DA 3ª. de la ley 30/81 de 7 de julio, en la que, después de establecer normas especiales de competencia territorial, en el tercer párrafo, se dispone que “*Son nulos los acuerdos de las partes que alteren lo dispuesto en esta norma*”.

Así, es cuestionable si ante la presentación de la demanda y solicitud de medidas coetáneas pueden las partes plantear cuestiones de competencia, si es posible la sumisión de las partes, y si es factible que el tribunal aprecie de oficio su propia competencia.

Claramente, al establecerse normas especiales de competencia, es posible que las partes planteen cuestiones de competencia si entienden que no se han respetado dichas normas⁵⁸.

FONT SERRA entiende que se trata de una norma imperativa, y que se excluye tanto la sumisión expresa como la tácita⁵⁹, y así lo argumenta la STS de 3 de octubre de 1994⁶⁰.

Aunque la norma no lo diga expresamente, cuando se especifica como en este caso la nulidad de los acuerdos de las partes sobre competencia el juez está obligado a examinar de oficio su propia competencia, absteniéndose de conocer cuando considere que no es el competente de acuerdo con lo fijado por la DA 3ª. de la ley 30/81 de 7 de julio, siguiendo lo establecido en la STS de 29 de octubre de 1993 sobre el

⁵⁸ En este sentido, las Sentencias del TS de 7 del 12 de 1982, La Ley 1983-2, 295, de 21 del 2 de 1987, RAJ 1987, 726, de 13 del 2 de 1988, La Ley 1988 1-365, de 18 del 10 de 1990, La Ley, 1991, 2022, de 31 del 1 de 1991, La Ley 1991/2270, o de 16 del 9 de 1996, RJ 1996/6716, resuelven cuestiones de competencia surgidas en procesos matrimoniales.

⁵⁹ FONT SERRA, *La competencia territorial en el proceso civil: tratamiento procesal y jurisprudencial*; Barcelona: 1996, pág. 45 y ss., pues, aunque se pueda entender que sólo cabe la sumisión tácita, como defiende DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho...*, ob. cit., vol. IV, pág. 227, no existen razones que justifiquen el diferente tratamiento a la sumisión tácita y a la expresa.

⁶⁰ ED 1994/8455. En su fundamento de derecho segundo se indica que “como se deduce del párrafo tercero de la mencionada disposición, norma de carácter imperativo y de orden público, la sumisión será ineficaz, ya se tratase de un acuerdo expreso o tácito”.

examen de oficio de las normas de competencia para el desahucio⁶¹, si bien ello no es todavía claro para la doctrina y la práctica⁶².

En la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 finalmente se soluciona la cuestión, pues se establece en el art. 58 el deber del juez de apreciar de oficio la competencia territorial cuando ésta venga fijada por reglas imperativas, siendo además recogido, ante la falta de referencia en la enumeración de fueros especiales del art. 52 a los procesos de familia, la

⁶¹ RJ 1993/8167. Se indicó que cuando se tratara de normas competenciales imperativas, el juez debía examinar de oficio su competencia, recibiendo el mismo tratamiento procesal que la competencia objetiva, si bien en la misma se señala que “cuando el legislador ha establecido sin ambages fueros territoriales indisponibles... ha atribuido al Juez el deber de vigilancia ex officio en parangón con la competencia objetiva”, cual era el caso abordado, sobre desahucio.

En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas medidas provisionales en los procesos matrimoniales en Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: 1992, pág. 129, señala que el artículo 1884 LEC, al impedir la adopción de cuestiones de competencia, no se refiere a la inhibitoria o declinatoria, sino que es una vía para plasmar imperativamente el criterio territorial cuyo examen, pues, corresponderá de oficio al juez, ya que tiene carácter indisponible.

⁶² MORENO CATENA, *Procesos civiles especiales...*, ob. cit., pág. 173, indica que la nulidad a la que alude la DA 3ª. de la Ley 30/81 significa que los litigantes “no podrán compelerse recíprocamente a cumplir el pacto de sumisión que hubieren convenido”, y que por lo tanto el juez deberá rechazar la demanda en la que la competencia estuviera basada en un pacto.

FONT SERRA, *La competencia territorial...*, ob. cit., pág. 87 a 93, apunta que numerosas Audiencias Provinciales se han apartado de lo indicado por la STS de 29 de octubre de 1993 afirmando que el juez de no tiene que abstenerse de oficio cuando observe que le falta competencia territorial imperativa, lo cual se considera una adaptación a la doctrina del Tribunal Constitucional consistente en que la infracción sólo determinaría la nulidad en caso de producirse indefensión, cosa que normalmente no ocurrirá, si se ha permitido a las partes formular sus alegaciones y practicar pruebas.

En la STS de 23 de enero de 1985, RJ 1985/194, se señala que es indispensable la actividad de parte para que se trabé la cuestión de incompetencia, y que si falta esta actividad, es nulo lo actuado, si bien “si se entiende que las reglas de la DA tercera deben aplicarse de oficio por constituir ius cogens, se declare (el órgano) incompetente”, con lo que parece que se está permitiendo a cada órgano decidir si las normas han de aplicarse de oficio o no.

La Audiencia Provincial de Baleares, en su S del diez de febrero de 1997 indica que el juez no puede apreciar de oficio la falta de competencia territorial, argumentando que si no se señala expresamente dicha facultad, rige la regla del artículo 74 LEC, y que en el caso de la DA 3ª., las normas sobre competencia territorial que se recogen son análogas a las contempladas en los artículos 62 y 63 LEC, por lo que sólo entrarían en juego si alguna de las partes promoviera la cuestión de competencia

misma obligación en el marco de los procesos matrimoniales y de menores en el artículo 769.4⁶³.

e) Cuestiones de competencia en relación con las medidas previas

En relación con las medidas previas, se discute la posibilidad de plantear cuestión de competencia, dado que en el artículo 1884 de la LEC de 1881 -norma a la que remite la DA 4ª. de la ley 30/81- se establece que en la adopción de las medidas precedentes no podrán plantearse cuestiones de competencia.

Teniendo en cuenta la existencia de una norma específica de competencia territorial en la tramitación de las medidas previas, la prohibición es absurda, pues que no se permita plantear la cuestión de competencia implica que las partes no se sientan constreñidas a respetar los fueros impuestos, como bien señala GASCÓN INCHAUSTI⁶⁴, lo cual no es compatible con el carácter vinculante de las normas de competencia territorial de esta materia. En este sentido, en la STS de 23 de abril de 1982⁶⁵, se considera que es posible plantearla⁶⁶.

⁶³ Esta concreción fue introducida en el Congreso a partir de las enmiendas nº. 666 del GS y 1393 de CIU.

⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 65.

⁶⁵ La ley 1982-3, 598.

⁶⁶ Pese a que el art. 1892 LEC señala que en los procedimientos de medidas provisionales no se podrán plantear cuestiones de competencia –es discutible si este artículo se puede incluir entre los “concordantes” que señala la DA 4ª.-, y al criterio general de la disponibilidad de las normas sobre competencia territorial del art. 54 LEC, se considera aplicable la DA tercera de la ley 30/81, norma especial y posterior, que indica una competencia improrrogable, y por lo tanto, susceptible de hacerse cumplir ejerciendo la cuestión de competencia.

Si se tiene en cuenta que para la comunicación de la inhibitoria al juez que se considera incompetente puede transcurrir un lapso de tiempo considerable (ha de oírse al Ministerio Fiscal, al cual ha de trasladarse la cuestión y esperar a que evacue su audiencia en tres días, y ha de enviarse el oficio de inhibición con testimonio del escrito de solicitud), período que se puede alargar si el juez requirente no hace uso de los modernos medios de comunicación para comunicar el oficio, en muchas ocasiones el juez requerido habrá dictado medidas previas. Así, aunque se lleguen a admitir las cuestiones de competencia, la resolución de la cuestión se dará en muchas ocasiones con posterioridad a la efectividad de las medidas provisionales que serán válidas sin necesidad de que se ratifiquen ante el juez declarado competente, de acuerdo con el art. 115 LEC.

En la nueva LEC no hay limitación en el planteamiento de cuestiones de competencia, fuera de la supresión de la inhibitoria, de modo que la declinatoria se podrá proponer si se vulnera la norma de competencia del artículo 771.1⁶⁷.

En cuanto a las medidas previas en los procesos de menores, sólo prosperará la declinatoria basada en la infracción de las normas de competencia del artículo 769.3, pues aunque el art. 770.6º se remita a los trámites de medidas previas, el fuero del 771 no es aplicable, pues el objeto de protección de esta norma es distinto del objeto del proceso de menores, donde no se busca la protección del progenitor solicitante, sino la del menor, con lo que será más coherente que cualquier medida previa concerniente al menor sea solicitada ante el órgano jurisdiccional del lugar donde dicho menor se encuentre.

2.-Requisitos para su obtención.

2. 1. Presupuestos para la obtención de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales

Para la obtención de medidas provisionales en los procesos matrimoniales en principio es necesario solicitud de parte para el caso de las medidas previas, mientras que, en relación con las coetáneas a la demanda, será precisa la presentación de la demanda de nulidad, separación y divorcio, así como petición expresa en relación con las medidas que afecten a los cónyuges únicamente, pues los efectos son automáticos y no precisan de solicitud, y las medidas relativas a los menores tampoco, ya que el tribunal está obligado a dictarlas.

Por otro lado, no tiene trascendencia procesal si las medidas previas y coetáneas fueron demandadas por distintas partes: una vez solicitadas las medidas por una de las partes, las medidas dictadas por el juez pueden

⁶⁷ Lo que no impide que el juez no competente tramite las medidas que considere necesarias, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 64.2 LEC de 2000, que, a diferencia de

favorecer a una u otra parte, al contrario que en el sistema general de medidas cautelares, ya que el principio dispositivo tiene una menor virtualidad, como hemos señalado con anterioridad.

Al ser las medidas provisionales medidas cautelares especiales, también son predicables los presupuestos de éstas para aquéllas, así, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Decíamos que la prestación de fianza no era exigible para este tipo de medidas, y que el *fumus* tenía un carácter especial, pues era asumido por el ordenamiento cuando se inicia un proceso matrimonial. En cuanto al peligro en la mora, tiene igualmente naturaleza especial, en razón de la materia, y concurre sin necesidad de probarse, si bien es posible ante su falta de concurrencia las medidas no se dicten.

De esta forma, se puede entender que las medidas no han de ser concedidas si concurren circunstancias que hagan patente la ausencia de peligro en la tardanza, como pueden ser la existencia de medidas adoptadas en un pleito anterior, la existencia de medidas previas, o la falta de necesidad urgente respecto de las medidas previas en general o urgentes.

2. 1. 1. Inexistencia de medidas adoptadas en un pleito anterior.

Parte de la doctrina rechaza la adopción de medidas provisionales cuando se soliciten en un procedimiento de divorcio o nulidad y existiera una separación judicial anterior, basándose en la falta de necesidad de una nueva regulación.

Esta posición se basaría en el contenido del párrafo primero del artículo 103 C.c., donde se establece que “el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las

las adoptadas en el sistema vigente, sí habrán de ser objeto de revisión por el órgano competente.

medidas siguientes...”, entendiendo que se refiere a las medidas aprobadas judicialmente en un procedimiento anterior⁶⁸.

BAYO DELGADO ofrece otro enfoque, pues entiende que la posición doctrinal y jurisprudencial ante la admisibilidad de las medidas previas existiendo medidas definitivas de un proceso anterior depende de la concepción del proceso matrimonial que se defienda: así, si se entiende que la separación y el divorcio constituyen dos instancias del mismo procedimiento, no será admisible la sustitución de las medidas definitivas de la separación por medidas provisionales del divorcio, mientras que si se entiende que se trata de dos instancias independientes, nada obstará a la sustitución⁶⁹.

Entendemos por el contrario que la existencia de medidas definitivas obtenidas en un proceso anterior impide la concesión de nuevas medidas

⁶⁸ CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales: causas, hijos, pensiones, alimentos...: Síntesis y ordenación de las Audiencias y Tribunales*; Madrid: 1994, pág. 306. ALONSO FURELOS, *Las medidas provisionales y los procesos matrimoniales en el derecho español*; Córdoba, 1989, pág. 45, también estima que no se podrán solicitar medidas provisionales si dictada una sentencia firme de separación, se solicita el divorcio, así como si se solicita la nulidad una vez concedida la separación o el divorcio.

Sin embargo, este artículo se refiere al acuerdo de los cónyuges, y aunque se podría entender restringida la adopción de medidas provisionales a los casos en los que en el pleito de separación anterior las medidas dictadas fueron consensuadas por las partes, es más lógico entender que el párrafo primero del artículo 103 se refiere al acuerdo dentro del mismo procedimiento, y no a un procedimiento anterior.

⁶⁹ BAYO DELGADO, «Problemas subsistentes en derecho de familia»; *Jueces para la democracia*, 1997, noviembre, nº. 30, indica que este tipo de discusión es resultado de dos tipos de interpretación provocado por el sistema de doble fase, *obsoleto y antieconómico*, constituido por la previa separación y el posterior divorcio: por una parte, se podría considerar que la separación y el divorcio pertenecen al mismo *iter* procesal, y que por lo tanto en la solicitud del divorcio sólo se podrían modificar las medidas existentes por cambio de las circunstancias, mientras que por la otra se entendería que se trata de procedimientos independientes, pudiéndose solicitar *ex novo* medidas que no se solicitaron en el juicio de separación, como la pensión compensatoria. Señala el autor que considera más adecuada la primera de las interpretaciones, puesto que las consecuencias de la segunda, en relación con la pensión compensatoria, ya que el resultado iría en contra de la idea de compensación del desequilibrio que la ruptura de la convivencia conlleva.

BORRAJO INIESTA, «Seis años de aplicación de la ley del divorcio: algunos resultados de un estudio sociológico»; *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 5 noviembre 1987, núm. 1474, pág. 3245, demuestra en su informe sociológico que muchos matrimonios que piden la separación lo hacen con la finalidad de obtener el divorcio, ante la imposibilidad o dificultad legal de obtenerlo directamente, y que esta duplicidad produce un aumento innecesario de la carga de trabajo de los tribunales, y que repercute en un alargamiento de los trámites.

provisionales precisamente por la falta de peligro en la mora, esté ello o no regulado normativamente, y que lo correcto, ante la iniciación de un nuevo proceso matrimonial, es la modificación de las medidas definitivas del proceso anterior, pues nada impide que las medidas previas o definitivas preexistentes se modifiquen en caso de cambio de circunstancias, tal como ocurre con toda medida cautelar, temporal y por tanto emanada con la cláusula *rebus sic stantibus*⁷⁰, siendo posible la modificación si el cambio de circunstancias se hubiera producido⁷¹.

En este sentido, en la LEC de 2000 se elimina, de forma coherente con la voluntad simplificadora del legislador, la posibilidad de adoptar medidas provisionales coetáneas en el divorcio si existen medidas anteriores, posibilitándose la modificación provisional de éstas, disponiéndose que "Las partes podrán solicitar en la demanda o en la contestación la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta

⁷⁰ CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales: comentarios, jurisprudencia y formularios*, (Montero Aroca coord.); Valencia: 1997, pág. 622, considera que existiendo medidas provisionales o definitivas, es posible dictar unas nuevas medidas provisionales en un procedimiento posterior, dado que la relación de instrumentalidad se puede producir; mas no se podría solicitar su regulación ex novo, sino una modificación por cambio de circunstancias

⁷¹ Aunque si se rechaza la modificación provisional de las medidas definitivas, la necesidad de congruencia de la sentencia que declara el art. 359 LEC obligaría a la evacuación de las medidas definitivas en la sentencia. En este sentido, la sentencia de la AP Madrid de 6 de octubre de 1992 señala que es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre las medidas complementarias solicitadas por el actor en el divorcio, reproduciendo las acordadas en el anterior procedimiento de separación, recordando la interpretación del Tribunal Supremo del art. 359 LEC en sus sentencias de 25 de abril de 1966 y 1 de abril de 1988: "*El principio de congruencia obliga a los Tribunales a concordar sus decisiones con las cuestiones de hecho y de derecho que los litigantes sometan a su conocimiento sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso, ni transformar el problema planteado en otro distinto, porque, en caso contrario, quedaría uno o ambos contendientes sin la posibilidad de rebatir los argumentos de su adversario, ni de practicar prueba acerca de los mismos, con la consiguiente indefensión que ello acarrea*".

En el mismo sentido, en las sentencias de 15 de junio de 1992, 18 de diciembre de 1992, 3 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, y 9 de marzo de 1993 de la AP de Madrid se señala que las medidas adoptadas en un anterior pleito de separación no producen excepción de cosa juzgada, ni son vinculantes, aunque sí son un elemento de importancia a tomar en consideración, llegando a apuntar que es incongruente la sentencia que no se pronuncia sobre las medidas solicitadas, reproduciendo las acordadas

petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773” (art. 775.3)⁷².

Parece en principio que en el sistema adoptado no cabe adoptar medidas provisionales previas si existe una regulación definitiva anterior, sin embargo, de lo contenido en el art. 775.1 y 2, donde se regula el procedimiento de modificación de medidas definitivas, aplicable en tanto no se presente la demanda matrimonial⁷³, se desprende que es posible la modificación de medidas de forma previa a la presentación de demanda, pues se remite a los trámites del art. 771, que no son otros que los de medidas previas.

2. 1. 2. Urgencia respecto a medidas previas

El Código Civil (art. 104) prevé la posibilidad de adelantar medidas que habrían de ser tomadas una vez iniciado el procedimiento de

en el anterior procedimiento de separación (S. de 6 de oct. de 1992). HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 310 a 317.

⁷² Este precepto fue incluido en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior de 28 de julio de 1999, a partir de la enmienda del GS nº. 673, salvo la referencia al origen de las medidas en un pleito anterior, que fue aprobada en el Senado, por medio de una enmienda transaccional sobre la enmienda del GS nº. 185, en coherencia con la idea de que no tiene sentido la adopción de medidas previas si existen medidas definitivas dictadas con anterioridad; la finalidad principal de las medidas provisionales es la regulación de las relaciones familiares hasta la finalización del procedimiento (la función de “servir de puente”, “überbrücken”), fin que no se cumpliría en estos casos: la relación de instrumentalidad necesaria para que se origine la protección provisional no se produce; no existiría un peligro en la mora ni una apariencia de derecho

⁷³ En el art. 775 se regulan dos tipos de procedimiento: el de modificación de medidas definitivas de forma autónoma, sin vincularse a la nulidad, separación o divorcio, que se vincula a la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta, y, por otro lado, un procedimiento de modificación de medidas de forma coetánea al procedimiento matrimonial, que no se vincula a la modificación de circunstancias. La finalidad perseguida será obtener unas nuevas medidas definitivas, aunque en ambos será posible obtener una tutela provisional, dado que se hace referencia a los artículos 771 y 773. La referencia al art. 773 supone que se excluya la admisibilidad de medidas previas, pues se entiende que no se precisan, dada la preexistencia de medidas definitivas. Por el contrario, en el procedimiento de modificación de medidas autónomo es posible modificar provisionalmente las medidas definitivas incluso de forma previa a la solicitud si existe modificación de las circunstancias, lo cual será también posible en el procedimiento de modificación vinculado al procedimiento matrimonial si existe cambio de circunstancias.

separación, divorcio o nulidad hasta un mes antes de la presentación de la demanda.

Las medidas anteriores incluso al inicio del procedimiento han sido llamadas previas, o provisionalísimas⁷⁴, por su estrecha relación con las medidas provisionales que se acordarían con la demanda principal, si bien consideramos que es más apropiado el término "previas", puesto que se anticipan al procedimiento matrimonial; son anteriores a la demanda, y, por otro lado, aunque participen de la característica de provisionalidad, la expresión "provisionalísimas" intenta señalar un grado mayor, lo cual no es correcto, ya que pueden no ser sustituidas por las coetáneas en todas las ocasiones⁷⁵.

En cuanto a los requisitos para la admisibilidad de las medidas previas a la demanda, el artículo 104 del C.C. únicamente dispone que el cónyuge que se proponga demandar la separación, nulidad o divorcio podrá solicitar los efectos y medidas que se enumeran en los artículos 102 y 103, sin incluir más limitación que la temporal (seguirán vigentes si en 30 días se presenta la demanda)⁷⁶.

⁷⁴ Como señalábamos con anterioridad, existen distintas clasificaciones de las medidas provisionales, siendo la de medidas previas y coetáneas la más extendida y tradicional, con origen en la legislación anterior a 1981. MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial...*, ob. cit., pág. 127, indica que las medidas antejudiciales o previas, eran llamadas tradicionalmente provisionalísimas.

⁷⁵ En contra de la denominación de previas, provisionales o coetáneas, LORCA NAVARRETE, *Anotaciones críticas al régimen legal de las medidas a adoptar con ocasión de la incoación de procesos matrimoniales*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales 10 años después, (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: 1992, pág. 135 y ss., estima que ninguna de ellas es correcta, que se ha creado una "ficción semántica", porque ni en el Código civil ni en la LEC ni en las Disposiciones Adicionales de la Ley de 7 de Julio de 1981 se nos dice en ningún momento cuáles son, y que la causa principal de tanta confusión semántica es la DA 4ª. de la Ley del 81.

⁷⁶ En principio estas medidas pueden anteceder a un proceso de nulidad, separación o divorcio, pues aunque el artículo 1880 LEC sea restrictivo en sus términos, refiriéndose simplemente a la separación y a la nulidad, el artículo 104 C.c. y el 1881 LEC añaden el "divorcio", como indica ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho de familia*. Barcelona: 1991, pág. 25, y ello es subsanado en la nueva LEC, en cuyo artículo 771 se regula el procedimiento para obtener las "medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio".

Así pues, el único requisito que se exige es que se vaya a presentar una demanda de nulidad, separación o divorcio, aunque esta intención no es susceptible de control a priori, puesto que se trata de una condición de futuro; el propósito de demandar la nulidad, la separación o el divorcio que tiene que existir cuando se solicitan medidas previas, señala MUÑOZ SABATÉ es *"una intención o acto psíquico que sólo debe alegarse pero que no requiere prueba ni tan siquiera acreditamiento, pues se demuestra ex re ipsa, esto es, por el simple hecho de solicitar las medidas, aunque queda sujeto a una verificación posterior: el que realmente la demanda se presente dentro de los treinta días siguientes. Si se deja caducar este plazo, la Ley viene a presumir que no hubo propósito serio."*⁷⁷.

En este punto, algunos autores consideran que estas medidas son autónomas o independientes⁷⁸ por no estar supeditadas o ligadas *ab initio* a un proceso principal, y así se puede estimar, al menos durante el período en el que aún no se haya presentado la demanda y sean eficaces. Sin embargo, creemos que el carácter instrumental de dichas medidas está patente desde su inicio, ya que de no verificarse la presentación de la demanda en un plazo de treinta días, devendrán ineficaces, lo que no es otra cosa que una consecuencia de la instrumentalidad de estas medidas previas respecto del proceso principal⁷⁹.

Gran parte de la doctrina y la práctica considera que se debe limitar la concesión de medidas previas a casos de necesidad, quizá como derivación de la normativa anterior a 1981, aún subsistente en la regulación de la LEC⁸⁰,

⁷⁷ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 127.

⁷⁸ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales...*, ob. cit., pág. 31, subraya la autonomía de las medidas previas en cuanto a la petición, en relación con el pleito principal.

⁷⁹ Este levantamiento se realizará de oficio o a instancia de parte, como señala GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas...*, ob. cit., pág. 126, como criterio general, pues se establece "el impulso procesal de oficio y la vigilancia del transcurso de los plazos a cargo del órgano jurisdiccional", de acuerdo con lo señalado en los artículos 306 y 307 LEC y 237 LOPJ.

⁸⁰ En la regulación anterior a la ley 30/81 de 7 de julio, conforme a la ley de 24 de abril de 1958, (artículo 67 C.c. y 1881 LEC.) la mujer que se propusiera demandar la separación o nulidad podía pedir que se le separara provisionalmente de su marido, y que se le

tales como los malos tratos y peligro de agresión a uno de los cónyuges⁸¹, e incluso aquellas situaciones de falta de sostenimiento de las cargas familiares por una de las partes, impidiendo su utilización como instrumento sorpresivo o ventajoso en el procedimiento⁸², siendo una carga para las partes probarla⁸³, inadmitiéndose medidas en situaciones como la de la separación de hecho por un período de tiempo considerable previa a la solicitud⁸⁴ o cuando, en general,

confiaran los hijos menores de siete años, así como se le señalara un domicilio y los auxilios económicos necesarios a cargo de su cónyuge, mientras que una vez se hubiera sido admitida la demanda (art. 68 C.c. y 1887 y 1888 LEC.), como medida provisional se determinaría cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda común, fijándose discrecionalmente con cuál de éstos habrían de quedar los hijos, así como el ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto, como medida previa la mujer podía salir del domicilio familiar, pero no solicitar que fuera su cónyuge el que saliera, y solicitar que sus hijos menores quedaran con ella. Ambas medidas son desfavorecedoras de la mujer, por comparación con las medidas a adoptar una vez admitida la demanda, puesto que en estas medidas el juez podía adjudicar el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, así como determinar bajo la guarda de qué progenitor quedarían los hijos, medidas que en la práctica favorecían a la esposa. Es por esto, que las medidas previas han gozado de un matiz de urgencia o necesidad, que ha afectado a la nueva normativa de 1981, ya que normalmente, la esposa sólo saldría del domicilio conyugal, abandonando a sus hijos mayores de siete años, únicamente cuando se diera una situación imposibilidad de continuar con la convivencia familiar, tales como violencia física o psicológica.

⁸¹ LÓPEZ-ARIAS TESTA, *Malos tratos en la situación familiar*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial*, LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos; Madrid: 1999, pág. 136, apunta que aproximadamente el noventa por ciento de las solicitudes de medidas previas presentadas en el partido judicial de Las Palmas de Gran Canaria se justifican en malos tratos.

⁸² REINA y MARTINELL, *Curso de derecho matrimonial*; Madrid: 1995, pág. 680, apuntan que es sumamente frecuente, en términos estadísticos, que las medidas provisionales sean las que definitivamente recoja posteriormente la sentencia de separación o divorcio.

⁸³ SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio...*, ob. cit., pág. 120, y LORCA NAVARRETE y DENTICI VELASCO, *El divorcio: Causas y Procedimiento*; San Sebastián: 1981, pág. 103, y en el Auto de 8 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Málaga, partiendo de que las medidas previas deben tener como fundamento razones de urgencia, indica que es necesario que el solicitante aporte un principio de prueba suficiente fundamentador de la perentoriedad o urgencia de la situación.

⁸⁴ En este sentido, ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales ...*, ob. cit., pág. 25. El mismo autor considera que si los cónyuges llevaran separados más de 30 días no podrían obtener medidas previas, dado que el art. 1885 LEC establece que "Tales medidas quedarán sin efecto si en el plazo de treinta días a contar desde la separación efectiva, no se acredita la interposición de la demanda...". Ibidem, pág. 30. Sin embargo, como indica RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*. Vol. II, art. 102. (con Amorós, Bercovitz *et alii*); Madrid: 1984, pág. 733, antes de que se promulgara el nuevo derecho de familia en 1981, el tenor del artículo 1885 LEC se adaptaba a una situación social en la que la separación de hecho previa a la separación

no concurriera la urgencia de acuerdo con la valoración del órgano jurisdiccional⁸⁵.

Esta postura ha sido adoptada en la práctica forense⁸⁶, sin embargo aún es criticada por entenderse que no es exigible la concurrencia de la urgencia, pues ello no se encuentra recogido en las normas que regulan el proceso matrimonial⁸⁷.

judicial no era habitual, por lo que la referencia a la separación efectiva ha de entenderse hecha a la separación judicial permitida por la resolución de medidas previas.

⁸⁵ BARRILERO YARROZ, *Las medidas provisionales en la redacción actual del Código civil: principales aspectos innovadores de la reforma de la ley de 7 de julio de 1981*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991...*, ob. cit., pág. 120, se inclina por la aplicación sólo a los casos de extremada y urgente necesidad, que deberá ser determinada discrecionalmente por el juez, y apunta que en la actualidad en muchos Juzgados no se admiten.

⁸⁶ HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal...», ob. cit., pág. 354, indica que “*de modo casi unánime, los Juzgados y Tribunales vienen manteniendo la postura de que tal institución jurídica sigue respondiendo al objetivo de dar inmediata respuesta judicial a una situación grave y urgente, por lo que de no existir tales factores, inherentes a la propia naturaleza de las medidas provisionales, las mismas deben ser rechazadas*”. Los acuerdos celebrados entre abogados y jueces de familia de Madrid limitaban su procedencia en supuestos de malos tratos o en estado de necesidad de la familia derivada de la falta de disponibilidad de recursos económicos. GONZÁLEZ VICENTE, así lo señala respecto a los acuerdos de 1987 en *Contenido de las medidas provisionales y su resolución judicial*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): resultados y experiencias*; San Sebastián, 1992, pág. 147. Lo mismo se indica respecto a los acuerdos de 1993 en «Reunión entre jueces de familia y abogados». *Otrosí*, noviembre de 1993.

Lo mismo ocurre respecto a la inclusión en la colección de documentos informatizados para los Juzgados de Primera Instancia, editados por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, en el volumen IX, de la falta de urgencia como causa de denegación de las medidas previas “*hay que entender que dicha posibilidad (de adoptar medidas previas) se contempla para aquellos supuestos en que la situación efectiva del matrimonio exige medidas urgentes e inmediatas, en orden a la protección de la persona y bienes del cónyuge solicitante, o de los hijos del matrimonio, situación que no puede esperar el tiempo que exige la presentación de cualquier demanda, que por breve que sea, siempre necesitará, por lo menos, el transcurso de unos días. En consecuencia las medidas a las que se refieren los artículos citados hay que reputarlas excepcionales e improcedentes cuando no concurren circunstancias que aconsejen su adopción con anterioridad a la presentación de la demanda, como ocurre en el presente caso...*” Colección de documentos informatizados, Juzgados de Primera instancia, Civil, vol. IX, modelo 22080360 (auto denegando las medidas); Vitoria: Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco, 1998.

⁸⁷ ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*. Barcelona: 1990, pág. 246, y pág. 50 de *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio matrimoniales*. Barcelona: 1994, 201 págs., PÉREZ-VILLAR, «¿Siguen en vigor las medidas previas?», *La Ley*, 1982-2, pág. 859, o RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a las Reformas...*, ob. cit., pág. 735.

En la nueva LEC no se requiere urgencia para la concesión de medidas previas, pues se identifican las medidas previas a la demanda con las coetáneas, pero sí para las que podemos calificar de “previas urgentes”, que se pueden dictar inmediatamente en la resolución en la que se cite a la comparecencia para medidas previas, y tienen como requisito que “la urgencia del caso lo aconsejase”, y cuyo contenido estaría limitado a las medidas de custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares, así como a los efectos que la presentación de la demanda produzca.

2. 1. 3. Inexistencia de medidas previas adoptadas en el mismo pleito.

Dado que en el Código civil nada se indica respecto a la sustitución de las medidas previas por las coetáneas, ni sobre la inadmisibilidad de estas últimas, es discutido si cabe conceder las medidas coetáneas una vez que existen medidas previas.

Ante la posibilidad de que existan medidas previas a la presentación de la demanda, se plantea la cuestión de si han de inadmitirse las medidas coetáneas, por entenderse que son idénticas, o que por el contrario son diversas y han de tramitarse si se solicitan.

La primera posición, consistente en la identificación del procedimiento de medidas previas con el de coetáneas, es defendida por parte de la doctrina, basándose en la inutilidad de volver a tomar en consideración las mismas circunstancias si no hay nuevos elementos de juicio, con lo que una vez admitida la demanda las medidas previas “se transforman” en provisionales⁸⁸.

Entre los que por el contrario defienden que la existencia de medidas previas no excluye que se dicten medidas coetáneas, VILLAGÓMEZ acierta

⁸⁸ En este sentido, VALLADARES RASCÓN, *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*; Madrid: 1982, pág. 396, GARCÍA CANTERO, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, (Albaladejo dir.); Madrid: 1982, pág. 468, ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis...*, ob. cit., pág. 251 y en *Aspectos procesales de los ...*, ob. cit., pág. 52 y 53, o VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona: 1982, pág. 206 y 207.

al señalar que "la existencia de esta disparidad en el aspecto sustancial de los trámites para dictar resoluciones que pueden tener idéntico contenido (el auto de medidas previas puede contener los mismos efectos y disposiciones que el auto de medidas provisionales, por remitirse el art. 104 C. c. al art. 103 C. c.) permite negar los efectos de cosa juzgada respecto del auto resolutorio de las medidas previas. Distinta opinión habría que mantener si se produjera la unificación de ambos procedimientos, en cuyo caso las medidas previas perdurarían hasta la sentencia, salvo que procediera su modificación por variación sustancial en las circunstancias."⁸⁹.

Es evidente que, si se trata de dos procedimientos distintos, no puede negarse la incoación del más garantista basándose en que se llegaría a medidas del mismo contenido, ya que normalmente las partes van a disponer de mayor elemento probatorio que podrán hacer valer en un verdadero trámite de prueba establecido legalmente; como señala MUÑOZ SABATÉ, lo contrario sería un desperdicio⁹⁰.

⁸⁹ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 80 y 81.

En el mismo sentido, HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal...», ob. cit., pág. 362, considera no existe obstáculo legal para entrar de nuevo en la regulación de las medidas, y además el contenido y la tramitación de las medidas previas son más limitados que los de las coetáneas

⁹⁰ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 125: "...si la Ley impone al juzgador en su sentencia de fondo un pronunciamiento sobre efectos civiles, ninguna razón impide que en el proceso principal se produzcan alegatos y pruebas sobre las mismas, y ello a pesar de que en el suplico de la demanda no se contenga pretensión específica. De acuerdo con el citado artículo 91 la determinación de estos efectos y medidas se hace ex officii, de modo que la congruencia no corre ningún peligro."

"Es evidente, por otro lado, que las mayores oportunidades que presenta el proceso principal frente al procedimiento singular establecido para las medidas provisionales no pueden ser absurdamente desperdiciadas. Sería un atentado a la economía procesal."

ESPINOSA LOZANO, *Problemas...*, ob. cit., pág. 38, advierte que aunque el juez puede declarar la validez de las medidas previas dictadas en el mismo procedimiento, es más correcto que vuelva a dictar medidas porque "las medidas coetáneas dan a las partes unas garantías muy superiores respecto de las medidas de primera fase:

- a) Por la exigencia de la postulación procesal a través de Abogado y Procurador.
- b) Por el requisito de la citación a las partes, al menos con cuatro días de antelación, lo que da a la demandada la posibilidad de preparar mejor la defensa.
- c) Por la posibilidad de practicar prueba en el plazo de tres días posteriores a la comparecencia.

Este planteamiento cambia radicalmente en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, pues se impide la repetición de los trámites de medidas provisionales coetáneas si ya se dictaron medidas previamente a la admisión de la demanda, precisamente por identificarse los trámites para la obtención de ambas clases de medidas, que únicamente se diferenciarán por el momento de su tramitación.

Pese a no realizarse distinción entre los procedimientos de medidas previas y coetáneas -que habrán de calificarse por lo tanto como procedimientos de medidas provisionales-, se introduce la posibilidad de modificar o completar las medidas previas adoptadas de acuerdo con el artículo 772, mas únicamente cuando el tribunal lo considere procedente. Esta previsión normativa produce cierta inseguridad jurídica, sobre todo en el caso de que el tribunal que haya dictado las medidas con anterioridad a la presentación a la demanda no sea el mismo al que corresponda el conocimiento del pleito principal, pues no es posible impugnar su consideración relativa a que las medidas no han de ser modificadas ni completadas (en el art. 772. II se indica que contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno).

En este sentido, aunque ello no venga expresamente previsto, entendemos que ante la solicitud de modificación de las medidas una vez admitida la demanda, el juez que no dictó las previas al menos deberá convocar a las partes a una comparecencia, con el fin de captar directamente la realidad de la situación y escuchar las alegaciones de los cónyuges, sobre todo si alguno de ellos no acudió a la vista desarrollada en el procedimiento de medidas previas.

Por otra parte, en relación con el nuevo procedimiento de medidas urgentes del 771.2. II, entendemos que su existencia no impide que se adopten medidas previas, pues simplemente adelantan determinadas medidas dada la urgencia que concurre, y que, por el contrario, aunque ello no se encuentre

d) Por la posibilidad de formular oposición en el plazo de ocho días."

expresamente regulado, deben ser sustituidas por las medidas previas que se determinen tras la audiencia de las partes y la práctica de la prueba.

2. 2. Presupuestos para la obtención de otras medidas provisionales

Respecto al resto de las medidas de carácter provisional adoptables en los procesos de familia, hay que distinguir entre las medidas provisionales de los procesos de menores de la nueva LEC y el resto de medidas cautelares.

En cuanto a las primeras, ya hemos indicado que el art. 770 remite para su tramitación a las normas de medidas provisionales de los procesos matrimoniales, y en cuanto a las segundas, su inadmisión dependerá de la falta de concurrencia de los presupuestos generales de medidas cautelares, fuera de la fianza, que no es exigible en esta clase de procedimientos.

Entendemos que, al igual que en relación con las medidas de los procesos matrimoniales, el *fumus boni iuris* consiste en la existencia de una relación familiar susceptible de ser tutelada, y, a diferencia de la regulación de medidas provisionales de los procesos matrimoniales, el *periculum in mora* no se presume, sino que ha de probarse en cada caso, y sobre todo si la medida a adoptar supone la restricción de los derechos de alguna de las partes.

3. Procedimiento

3. 1. Para la obtención de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales

3. 1. 1. Legislación aplicable y trámites comunes.

El procedimiento aplicable para la obtención de medidas provisionales en tanto se ventila el proceso matrimonial es el que establece la DA 4ª. de la ley 30/81, de 7 de julio, que remite a los trámites establecidos en los arts. 1884, 1885 y concordantes de la LEC para la obtención de las medidas previas del art. 104 C.c., y a los de los artículos 1896 y siguientes para las

coetáneas. Por otra parte, en la nueva LEC se regula el procedimiento de medidas provisionales en los artículos 771 a 773.

En cuanto a las medidas previas a la presentación de la demanda ex. art. 104 C.c., en el art. 1884 de la LEC simplemente se establece la falta de necesidad de postulación, así como la imposibilidad de plantearse cuestiones de competencia, mientras que en el 1885 se dispone un plazo de validez de las medidas que de alguna manera se opone a lo regulado en el art. 104. II del C.c., por lo que en estos dos artículos no se determina procedimiento alguno. Serán por tanto los artículos "concordantes" los que regulen el procedimiento a seguir, que parte de la doctrina estima que deben ser los que regulan el procedimiento de coetáneas⁹¹, es decir, los artículos 1896 y siguientes de la LEC, mientras que otros consideran que serán concordantes los arts. 1881 a 1885 LEC adaptados a la Constitución y a la ley 30/81 de 7 de julio⁹².

Juzgamos que esta última interpretación es más lógica a primera vista, ya que si el legislador de 1981 hubiera querido dotar a ambas clases de medidas del mismo procedimiento lo hubiera hecho, y en la citada DA 4ª se presentan diferenciadamente dichos procedimientos. Sin embargo, ya

⁹¹ Así, ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales...*, ob. cit., pág. 27, estima que el procedimiento a seguir en medidas previas consistiría en, por analogía con las coetáneas, comparecencia de ambos, prueba y resolución, al igual que LORCA NAVARRETE y DENTICI VELASCO, *El divorcio...*, ob. cit., pág. 103.

⁹² FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho de familia*, Barcelona: 1982, pág. 663.

SAURA, «Los efectos y medidas "provisionalísimos" en la ley 30/81»; *Justicia* 82, pág. 72, considera que realizando una interpretación sistemática de los artículos 102 a 105 del Código civil y de la DA cuarta es posible "resolver el problema con toda dignidad", y que al adoptarse las medidas provisionalísimas, el juez concederá únicamente aquellas que considere de mayor necesidad.

DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, ob. cit., tomo IV, Madrid: 1996, pág. 236 y ss., defiende que podría "componerse un procedimiento a base de elementales conclusiones de los principios procesales de igualdad y audiencia y de los artículos 1881, 1882 y 1883 LEC, sin perjuicio de los artículos 1884 y 1885 del mismo cuerpo legal, que también son aplicables", composición con la que estamos de acuerdo en el resultado....

CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, (con Ortells); Granada: 1996, pág. 104, considera que "los artículos concordantes no pueden ser más que los 1.881 a 1.883", y lo mismo señalan RIFÁ, FERNÁNDEZ LÓPEZ y VALLS GOMBAU, *Derecho procesal práctico*, ..., ob. cit., pág. 260.

sabemos que la ley 30/81, en su aspecto de técnica procesal deja mucho que desear, y las finalidades del redactor de la ley no resultan claras⁹³.

En la línea identificadora de procedimientos, la LEC de 2000 pretende introducir, en el marco del juicio verbal con especialidades⁹⁴, un único procedimiento de medidas, susceptible de seguirse con anterioridad a la presentación de la demanda o bien una vez presentada ésta, pues se pretende evitar la reproducción de trámites con el mismo objeto. Así, una vez se hayan obtenido medidas previas, no se dictarán nuevas medidas provisionales sobre los mismos asuntos, y a lo más, se podrán modificar las medidas previas al admitirse la demanda, cuando el tribunal considere que procede un cambio o complementación, y tras convocar a las partes a una comparecencia (arts. 771 a 773)⁹⁵.

Sin embargo, aunque se aspire a la unificación, todavía quedan divergencias entre los procedimientos de medidas previas y coetáneas como la diferenciación de la competencia territorial y la introducción de la nueva clase de medidas, las urgentes, en el ámbito de las medidas previas.

⁹³ ALMAGRO, *Derecho...*, ob. cit., pág. 327 indica que la falta de concordancia entre la regulación del Código civil y de la LEC “origina serios problemas hermenéuticos”.

DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil*, vol. IV,..., ob. cit., pág. 224, indica que los preceptos de los tres textos legales (Código civil, Ley 30/81 y Ley de enjuiciamiento civil) forman un verdadero “*Labyrinthus*”.

⁹⁴ La remisión al juicio verbal ha recibido las críticas de GÓMEZ DE LIAÑO, *Procedimientos declarativos ordinarios y especiales. Proyecto de reforma*, en *El proceso civil y su reforma*, (Morón Palomino dir.); Madrid: 1998, pág. 295, por tratarse de un procedimiento inadecuado para tratar la complejidad que frecuentemente comprende, crítica que compartimos, pues entendemos que esta especial materia debe regularse de forma específica y lo más exhaustivamente posible, siempre permitiendo cierta flexibilidad, pues lo contrario produce, además de una inadecuación del procedimiento, la concesión a los órganos jurisdiccionales de un amplio margen de discrecionalidad, lo cual consideramos inconveniente.

⁹⁵ De esta manera, en un plazo máximo aproximado de un mes se pueden obtener las medidas provisionales solicitadas con anterioridad a la admisión de la demanda: la comparecencia se celebrará en los diez días siguientes - que de acuerdo con el artículo 133 deberán ser hábiles, ya que los plazos por días excluyen los días inhábiles (con lo que se supera la duda actual de que las medidas provisionales sean de jurisdicción voluntaria y que por lo tanto, de acuerdo con el art. 1812 LEC no se excluyan los días inhábiles)- al momento del examen de la solicitud del cónyuge realizado por el juez, y la práctica de la prueba puede realizarse en los diez días siguientes.

La nueva regulación procesal se adapta mejor a la regulación sustantiva de los artículos 102 a 106 del Código civil; así, y con independencia respecto a la precedente ordenación procesal, no diferencia el contenido de las medidas que se adopten con anterioridad o tras la admisión de la demanda, ni establece necesidad de urgencia para la concesión de medidas previas a la presentación de la demanda, aunque de existir urgencia se pueden otorgar medidas urgentes, que son únicamente los efectos del art. 102 C.c. y las medidas de guarda de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiar.

Como entendemos que la tramitación de las medidas previas y provisionales debe ser idéntica también en el marco del derecho vigente, se examinará un único procedimiento para su obtención, distinguiendo las especialidades procedimentales de las medidas previas, tanto en relación con la ley vigente como la nueva, y las nuevas medidas urgentes del artículo 771.2 de la LEC de 2000.

3. 1. 2 Especialidades de las medidas provisionales previas.

3. 1. 2. 1. Postulación.

En el procedimiento de medidas previas, y para facilitar estos trámites, a los que normalmente acuden los cónyuges con urgencia, no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, tal como establece el art. 1884 LEC, al que se remite la DA 4ª. I, y el 771.1 II de la nueva LEC, por lo que la solicitud no requiere ningún formulismo⁹⁶.

Parece que la falta de necesidad de asistencia técnica en las medidas previas tiene como finalidad hacer más accesible el trámite al cónyuge que se disponga a solicitarlas, porque si bien no se exige urgencia para acordarlas, en el espíritu de la ley y en la práctica sigue latente la exigencia de que el cónyuge solicitante se encuentre en una situación de apremio.

⁹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de febrero de 1997, AC 1997/387.

La asistencia de estos profesionales en la actualidad es facultativa, y ni tan siquiera se exige su presencia en la comparecencia y práctica de la prueba, pues a tenor del art. 1884, “en la adopción de las medidas precedentes no será necesaria la intervención de abogado ni procurador”. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 771.1 II de la LEC de 2000, aunque no sea precisa la intervención de abogado y procurador para formular la solicitud, su intervención será necesaria para todo escrito y actuación posterior, y más concretamente, en el 771.2 se establece que a la comparecencia “deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador”⁹⁷.

Parece que esta regulación tiene como finalidad facilitar el acceso al proceso, sin extender esa simplificación a otros trámites posteriores en los que la presencia de abogado es recomendable y exigible, pues ha de tenerse en cuenta que dado que la nueva LEC no distingue entre los procedimientos de medidas previas y coetáneas, y que una vez que se dicten las primeras no se dictarán las segundas, quedando vigentes hasta la sentencia, es preciso que las partes dispongan de la defensa adecuada desde el momento en que se inicie la tramitación de las medidas previas. Esta exigencia no crea una traba a la obtención urgente de las medidas, ya que para el caso de necesidad el juez podrá adoptar las medidas previas urgentes, sin ningún trámite.

3. 1. 2. 2. Otras especialidades en el procedimiento de la ley de 1881

De entenderse que en la legislación actual se distinguen los procedimientos de medidas previas y coetáneas, y que de esta forma el procedimiento de medidas previas se sustanciaría por los trámites

⁹⁷ Este párrafo fue incluido en la fase de Comisión del proyecto en el Congreso, a instancia del GS, que solicitaba que en todo caso fuera precisa la intervención de Abogado y Procurador, pues la falta de éstos causaría más problemas que ventajas, y así se señalaba en la enmienda n.º 668. Sin este apartado, no resultaba claro si la presencia de estos profesionales tampoco era necesaria en las actuaciones necesarias para la tramitación de las medidas previas, ya que en el artículo 773 del proyecto, precisamente por la influencia de lo señalado en el vigente 1884: “En la adopción de las medidas precedentes no será necesaria la intervención de abogados y procurador”.

establecidos en los artículos 1881 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil, se pueden distinguir las siguientes diferencias respecto del procedimiento de medidas coetáneas:

a) La audiencia a los cónyuges.

De acuerdo con los artículos de la LEC sobre "medidas provisionales en relación con la mujer casada", la audiencia al "esposo" no existe, es decir, que el otro cónyuge no tiene la posibilidad de ser oído por el juez cuando se soliciten efectos y medidas tan importantes como la separación provisional, la guarda de los hijos y el uso de los enseres familiares.

Solamente en el caso de que se solicitara una medida de auxilio económico habría de ser oído (art. 1883 LEC)⁹⁸, y únicamente si acudiera a la primera citación, con lo que si el cónyuge no acude a la vista, por ignorancia o desconocimiento del procedimiento que contra él se dirige, no se produciría su audiencia.

Esta limitación de la contradicción del cónyuge no solicitante de las medidas no parece de ninguna manera apropiado ni respetuoso con los derechos que la Constitución Española otorga a los ciudadanos.

Estos artículos de la LEC, redactados en 1958 en su mayor parte, tenían como finalidad autorizar el abandono del domicilio de la mujer casada, facilitándose entonces sin audiencia del esposo para el caso de que no se solicitaran medidas de contenido económico.

Sin embargo, en la actualidad, tras la ley 30/81, de 7 de julio, no es necesario pronunciamiento judicial para que un cónyuge pueda, por su propia voluntad, abandonar el domicilio conyugal sin conculcar sus obligaciones, pues el artículo 105 C.c. permite la salida de quien pretenda demandar la nulidad, separación o divorcio.

⁹⁸ Art. 1.883 LEC: *A petición de la propia mujer, y con audiencia del marido si acudiese a la primera citación, el juez podrá disponer que perciba de su cónyuge el auxilio económico necesario para su subsistencia y la de los hijos que se le confien hasta que se interponga y admita la demanda o querrela.*

Por otra parte, la nueva regulación de las medidas provisionales implicó una ampliación de las que se podían adoptar antes de la presentación de la demanda, posibilitándose la concesión anticipada de todas las medidas provisionales, entre las cuales estaría la de uso de la vivienda familiar, la de contribución a las cargas o el sistema de guarda y visitas de los hijos menores.

Así pues, ya que se pueden adoptar en la actualidad medidas de grave trascendencia, es preciso al menos que ambos cónyuges puedan ser oídos⁹⁹.

Entendemos que permitir la audiencia de ambos cónyuges es un trámite necesario dentro del procedimiento de medidas, dada la trascendencia que tienen en la situación personal de los cónyuges y el cambio de finalidad de este procedimiento, que propiciaría una interpretación correctora del art. 1883, apoyada además por lo dispuesto en el art. 103.I C.c., en el que se establece que “adoptará, con audiencia de éstos (los esposos), las medidas”¹⁰⁰, porque impedir que se escuche al cónyuge no solicitante generaría

⁹⁹ CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 302 remarca la inconstitucionalidad de la exclusión de la audiencia; BARRILERO YARROZ, *Las medidas provisionales...*, ob. cit., pág. 118, también apunta la necesidad de audiencia de ambos esposos, basándose en lo escueto del procedimiento, ya que se trata de un procedimiento de cognición muy sumaria en la que el juez ni siquiera dispone como elemento de juicio la demanda, que se presentará con posterioridad.

En el mismo sentido, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre...*, ob. cit., pág. 130, y CLIMENT DURAN, «Los procesos matrimoniales y la experiencia de cada día», en *Poder Judicial*, nº. 3, primera época, junio de 1982, pág. 71, considera un “desatino” impedir la audiencia, y en el mismo sentido VALCARCE LÓPEZ, «El Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, IV, 1998, pág. 45 apunta que el Ministerio Fiscal ha de instar la celebración de esta audiencia.

MORENO CATENA, *Procesos civiles especiales...*, ob. cit., pág. 191, estima “que lo pretendido por el legislador es la sustanciación de un procedimiento lo más breve posible dada la cuestión a resolver, pero rodeado de un mínimo imprescindible de garantías: la audiencia bilateral, y, al igual, CALDERÓN CUADRADO considera preceptiva la audiencia, en *La tutela judicial...*, ob. cit., pág. 105.

¹⁰⁰ Sin embargo, algunos autores admiten la limitación de la audiencia a determinados casos; así, LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*. Madrid: 1994, pág. 65, señala que el cónyuge no peticionario deberá ser oído sobre aquellos puntos que le afectan, es decir, siempre que se solicite ayuda económica o el uso y disfrute de la vivienda familiar, mientras que cuando se trate de los hijos, estima que no será necesario que sea oído el otro progenitor, al igual que GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, «Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales»; *Justicia* 1989, pág. 390.

indefensión, con lo que el auto sería nulo por aplicación del art. 238.3º. LOPJ, al infringirse los principios de audiencia, asistencia y defensa¹⁰¹.

La audiencia sería, según MUÑOZ SABATÉ, un acto verbal en donde, previa citación, comparecerán personalmente los cónyuges¹⁰², en el que el juez no incitará a los cónyuges a que se concilien, a diferencia de otros ordenamientos¹⁰³, si bien podrá exhortarles a que lleguen a un acuerdo para tramitar el procedimiento por mutuo acuerdo o al menos en lo relativo a las medidas que conciernan a los menores¹⁰⁴, pudiéndoles remitir a servicios de conciliación¹⁰⁵.

¹⁰¹ PEDRAZ PENALVA, *Apuntes...*, ob. cit., pág. 132.

SAURA, «Los efectos...», ob. cit., pág. 72, considera que ante la ausencia de tramitación de las medidas provisionales, y concretamente previas, será preciso realizar una interpretación correctora y global de la regulación de 1981, y que, fruto de ésta, habrá de realizarse el trámite de la audiencia en sede de medidas previas, de la manera en que lo recoge el artículo 103 del Código civil.

¹⁰² MUÑOZ SABATÉ, *El proceso ...*, ob. cit., pág. 128., y POIRIER Y BENITO DEL VALLE, *Las medidas provisionales en la actualidad, problemas procesales que plantean, vigencia*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después...*, ob. cit., pág. 150.

¹⁰³ En Francia, el juez dicta las medidas provisionales previas a la demanda tras la tentativa de conciliación, de acuerdo con el artículo 1111 del Nouveau code de procédure civile, en Bélgica el juez puede hacer los requerimientos que crea necesarios para operar una aproximación de las partes, y, a falta de conciliación, aprueba total o parcialmente el acuerdo de las partes sobre las medidas provisionales, a falta del cual envía a la audiencia de référés el asunto (art. 1258 del Code judiciaire). En Portugal, el Juez debe intentar la conciliación de las partes, a falta de ésta, la reconducción del proceso al mutuo acuerdo, y, si ello no es posible, el acuerdo de los cónyuges en relación a los alimentos, guarda de los menores y utilización de la vivienda familiar durante la pendencia del proceso, según el artículo 1407.2 del Código de processo civil.

¹⁰⁴ El artículo 91 C.c. se refiere a la falta de acuerdo de los cónyuges como presupuesto para dictar las medidas definitivas, y en la DA quinta se prevé la posibilidad de que el proceso contencioso pase a ser de mutuo acuerdo, con lo que consideramos que en la regulación existente se encuentra patente el deseo del legislador de promover el acuerdo entre los cónyuges.

¹⁰⁵ El artículo 92 del Código civil permite al juez recabar el auxilio de especialistas para determinar las medidas relativas a los menores.

b) Intervención del Ministerio Fiscal.

En la regulación de las medidas provisionalísimas no está prevista expresamente la intervención del Ministerio Fiscal¹⁰⁶, si bien la DA 8ª. de la ley 30/81 incluye una referencia general al establecer que "En todos los procesos a que se refieren las normas anteriores será parte el Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes".

De acuerdo con esta disposición, si consideramos que las medidas previas constituyen un proceso o forman parte de uno, la intervención del Ministerio Fiscal sería precisa siempre que alguno de los cónyuges o hijos fuera menor, incapacitado o ausente, aunque la circular 3/86 de la Fiscalía General del Estado, con cita del art. 3º. 6º. del Estatuto del Ministerio Fiscal, extiende su campo de actuación, al propugnar su intervención en todas las medidas por estimar que esta clase de procesos afectan a la legalidad y al interés público y social, y por la referencia a su participación que efectúa el artículo 1897 LEC, en el que se dispone que se le habrá de citar a la comparecencia junto a las partes¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Una situación similar se da en el derecho italiano, en el que se indica que el "Pubblico Ministero" ha de intervenir obligatoriamente en los procesos matrimoniales, mas se discute si debe hacerlo en la primera fase o presidencial, dado el silencio de la norma, que no distingue la etapa presidencial de las sucesivas. En todo caso, el Ministerio Fiscal podrá presenciar la audiencia en su segunda parte; una vez que sea fallido el intento de reconciliación. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*. Turín (Italia): 1988, pág. 41 y 44.

¹⁰⁷ Se señala en la circular que de acuerdo con una interpretación literal de los artículos 1897, 1899 y 1900 de la LEC se infiere que la intervención del Ministerio Fiscal es insoslayable, mientras que de acuerdo con la dicción de la DA octava de la ley 30/81 se limitaría a los casos de ser los cónyuges o sus descendientes incapacitados, menores o ausentes, con lo que se concluye que la intervención se evitará únicamente en aquellos casos en los que las medidas provisionales sean consecuencia del acuerdo de los cónyuges y sólo afecten a éstos.

En la práctica, se tiene al Ministerio Fiscal como asistente en las medidas previas y coetáneas en la mayoría de los casos, o por lo menos, esta es la intención de jueces y fiscales. En este sentido, *Debate del seminario sobre las medidas a adoptar con ocasión de las crisis matrimoniales: problemas y reformas aconsejables*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después...*, ob. cit., pág. 153 y ss.

BARRILERO YARROZ, *Las medidas provisionales...*, ob. cit., pág. 120, defiende la intervención del Ministerio Fiscal.

Entendemos que la intervención del MF es preceptiva únicamente cuando los cónyuges o descendientes sean menores, incapaces o ausentes¹⁰⁸, y debe consistir en la comunicación de la solicitud de medidas, la asistencia a la vista e instrucción del resultado de la prueba practicada y en la evacuación de informe sobre las medidas solicitadas¹⁰⁹.

c) Prueba.

La existencia de un período probatorio va a depender del procedimiento al que se entienda que remite la DA 4ª de la ley 30/81 al referirse a los artículos "concordantes": si consideramos que son concordantes los arts. 1896 y ss., por analogía con las medidas coetáneas, existirá período probatorio. Si por el contrario, el procedimiento correcto fuera el correspondiente a los arts. 1881 y ss., no lo habrá¹¹⁰, pues en ellos no encontramos regulación alguna sobre prueba, si bien debemos interpretar

¹⁰⁸ En este sentido, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 78.

¹⁰⁹ La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 recoge estas funciones entre otras para la intervención en el procedimiento contencioso, pág. 730.

¹¹⁰ FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 666, siguiendo a ZANÓN MASDEU, opina que en esta primera fase no será admisible la proposición de pruebas, y que éstas sólo serán factibles en el procedimiento de medidas provisionales en segunda fase.. MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 129, considera que de acuerdo con la dicción de los arts. 1881 y siguientes no cabe prueba, falta que critica, "*habida cuenta del florido elenco de complejas medidas que teóricamente pueden concederse*".

En el auto de la AP de Málaga de 8 de febrero de 1994 @1007/1994 se opta por la inexistencia de actividad probatoria, y que, por lo tanto, se habrá de aportar un principio de prueba suficiente de la urgencia de las medidas previas, que serán sustituidas por las coetáneas, y LÓPEZ-ARIAS TESTA, *Malos tratos en la situación familiar...*, ob. cit., pág. 137, Magistrada-juez de familia de Las Palmas de Gran Canaria, apunta que la finalidad de las medidas previas de dar urgente respuesta a la situación de necesidad no es fácilmente compatible con la apertura de un período probatorio no previsto legalmente, por lo que entiende que sólo ha de celebrarse la comparecencia de los cónyuges y en los casos relevantes explorar judicialmente a los menores.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1993, pág. 429, se indica que el procedimiento de medidas varía según el Juzgado que las conoce, y que en los juzgados de primera instancia de Vizcaya se identifican los procedimientos de medidas previas y coetáneas, mientras que en los Juzgados de Familia de Bilbao sólo se admitían aquellas pruebas que no se pudieran practicar en el trámite de la comparecencia.

estos preceptos teniendo en cuenta las normas del Código civil sobre medidas provisionales.

Es preciso una mínima actividad probatoria para que el juez decida el contenido de las medidas enumeradas en el artículo 103 del Código civil, pues en él se ordena que las que afecten a los menores deben supeditarse al interés de los hijos, y que otras se han de determinar de acuerdo con el interés familiar más necesitado de protección. Por otra parte, medidas tales como las de inventario de los bienes y objetos de ajuar o la contribución de los cónyuges a las cargas, precisan en esencia una previa actividad probatoria¹¹¹.

Una vez fijada la necesidad de desarrollo de una “mínima actividad probatoria”, y ante la cuestión de en qué puede consistir ésta, entendemos que lo más apropiado será la limitación del tiempo para desarrollar la prueba, favoreciendo así la rapidez del procedimiento, y es criticable la práctica habitual de admitir únicamente la prueba documental¹¹².

d) Recursos.

Las medidas que se adopten durante los procesos matrimoniales -esto es, las medidas coetáneas- son susceptibles de oposición, tal como establece el art. 1900 LEC, en los diez días siguientes, por medio de los trámites y recursos de los incidentes, mas la ley no señala ningún recurso específico contra la resolución judicial de medidas previas, por lo que parte de la

¹¹¹ Señalábamos con anterioridad, que cuanto más espacio discrecional existe en un sistema divorcista, mayor actividad procesal ha de desarrollarse, sobre todo en lo relativo a la prueba, ya que el juez ha de conocer los factores que le permitirán llegar a una decisión.

¹¹² En esta línea, MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 128, considera que ante el veto a la prueba del 1881 y siguientes, se puede optar por aportar en la comparecencia cuantos documentos pudiesen contribuir a fijar los hechos precisos para la adopción de las medidas, o que el Juez puede acordar para mejor proveer las pruebas que considere necesarias.

SANZ VIOLA, «Las medidas previas...», ob. cit., pág. 1023, también señala la necesidad de fase probatoria, aportando que en la práctica se suele acompañar a la petición de medidas previas la prueba documental pertinente.

doctrina mantiene que contra ésta no cabe recurso alguno¹¹³, solución que apoya la práctica judicial¹¹⁴, mientras que otra considera que habría de admitirse recurso de reposición y posteriormente de apelación¹¹⁵, o incluso apelación directamente, basándose en la garantía del justiciable, que puede recurrir y obtener resolución rápidamente, y en la propia naturaleza del auto, que no es meramente interlocutorio, sino definitivo¹¹⁶.

¹¹³ Así, LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso...*, ob. cit., pág. 65, estima, apoyándose en reiteradas resoluciones judiciales, que contra el auto de medidas provisionalísimas no se da recurso alguno, aplicando analógicamente lo dispuesto en el art. 1900 LEC para las medidas coetáneas.

Las medidas provisionales italianas (tanto las presidenciales como las del juez instructor) tampoco son recurribles, aunque señala DOGLIOTTI, *Separazione...*, ob. cit., pág. 44, que seguramente será admisible la oposición a la ejecución de las mismas cuando estén viciadas de nulidad.

¹¹⁴ Así, en resoluciones como el Auto de la AP de Madrid de 29 de mayo de 1992: "Todo lo anteriormente expuesto conduce necesariamente al rechazo de la admisibilidad de recursos, y menos aún el de apelación...". HERRERA DEL REY, «¿Se necesita acreditar la urgencia para solicitar medidas provisionalísimas?» en La Toga, n.º. 104, pág. 24 a 26, señala la tendencia generalizada de las Audiencias Provinciales a rechazar el recurso de apelación contra los autos de medidas provisionalísimas, y cita al efecto resoluciones de las Audiencias de Ciudad Real, Málaga, Valencia, Logroño, Zamora, Asturias.

Así, los autos de la AP de Asturias de 21 de diciembre de 1994, ac 95 @892 y la sentencia de 5 de octubre de 1994, @361/1995, y los de Ciudad Real de 12 de marzo de 1992, @323/1992, Huesca de 24 de febrero de 1994 @745/1994, Málaga de 18 de febrero de 1994 @1007/1994, Valencia de 2 de junio de 1994 @167/1995, La Rioja de 8 de julio de 1994 @1707/1994 y A de la Audiencia Provincial de Asturias de 21 de diciembre de 1994 @892/1995.

Apoya la postura BARRILERO YARROZ, *Las medidas provisionales...*, ob. cit., pág. 120, que estima que no debe admitirse recurso de apelación contra el auto de medidas previas por razones de economía procesal y de eficacia.

¹¹⁵ PEDRAZ PENALVA; *Apuntes sobre...*, ob. cit., pág. 132., GONZÁLVEZ VICENTE, *Contenido de las medidas provisionalísimas y su resolución judicial*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después...*, ob. cit., pág. 146, señala que la apelación será en un solo efecto respecto del cónyuge instante, y en ambos efectos respecto al cónyuge demandado que no prosperó su petición..

MAJADA, *Práctica de los procesos matrimoniales*; Barcelona: 1990, pág. 38, considera que habrá de interponerse recurso de reposición y apelación después.

¹¹⁶ En este sentido, FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 666, LÓPEZ ALARCÓN, *El nuevo sistema matrimonial español*, Madrid: 1983, pág. 408, CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 302 y ss, ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales...*, ob. cit., pág. 27, RAMOS MÉNDEZ, SERRA DOMÍNGUEZ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*; Barcelona: 1973, pág. 161, SANZ VIOLA, *Las medidas previas...*, ob. cit., pág. 1023, CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar...*, ob. cit., pág. 105, y, en *Los procesos matrimoniales: comentarios, jurisprudencia y formularios*; Valencia: 1997, pág. 873.

Aunque el recurso de apelación no esté específicamente contemplado, sería admisible acudiendo a sus normas generales, a las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria¹¹⁷ y al derecho del justiciable, pues ha de tenerse en cuenta que esta clase de medidas puede tener una gran trascendencia en el proceso, en caso de no dictarse medidas coetáneas.

Frente a la interpretación restrictiva seguida por la jurisprudencia menor¹¹⁸, con base en que no existe previsión legal específica de impugnación o de que carece de interés y eficacia práctica¹¹⁹, entendemos que ha de admitirse el recurso de apelación en caso de que las medidas provisionales fueran eficaces hasta la firmeza de la sentencia, y no admitirse si las medidas provisionales estuvieran llamadas a tener una eficacia limitada en el tiempo

¹¹⁷ CABALLERO GEA, *Procesos ...*, ob. cit., pág. 305.

Sin embargo, HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 407, ponente del Auto de la A. P. de Madrid de 29 de mayo de 1992 considera que es contrario a los principios de eficacia y economía procesal aplicar a este tema dichas normas, que además no serían aplicables dada la indudable naturaleza contenciosa de las medidas.

¹¹⁸ La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales mantiene la irrecurribilidad del auto en que se acuerdan; así, el Auto de inadmisión de recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de mayo de 1992, y Autos de la AP de Barcelona sección 15ª. de 15 de septiembre de 1989 y 14 de diciembre de 1990, y de la sección 14ª. de 22 de diciembre de 1990 y 15 de julio de 1992, Auto de la AP de Valencia de 2 de junio de 1994 (@167/1995), Auto de la AP de Ciudad Real de 12 de marzo de 1992 (@323/1992), Auto de la AP de Málaga de 8 de febrero de 1994 (@1007/1994), Auto de la AP de Huesca de 22 de septiembre de 1993 y 24 de febrero de 1994 (@745/1994), sentencia de 8 de julio de 1994 de la AP de La Rioja (@1707/1994) y Auto de la AP de Asturias de 21 de diciembre de 1994 (@892/1995), entre otros.

También se manifiesta en contra de la admisión de cualquier tipo de recurso HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal...», ob. cit., pág. 358 y ss.

¹¹⁹ La posibilidad de un recurso de apelación contra unas medidas de carácter urgente, de muy corta vigencia en principio, sería contrario a los principios de economía y eficacia procesal, ya que se presentaría una caótica proliferación de instancias y tramitaciones simultáneas por la posible coincidencia en el tiempo de resoluciones de medidas coetáneas o definitivas. Lo mismo es señalado por SOLUS y PERROT, *Droit Judiciaire privé. T.3. Procédure de première instance*. Paris (Francia): 1991, pág. 348 y 349, en relación con las medidas provisionales en materia de divorcio o separación en derecho francés: "Par hypothèse, une mesure provisoire prise pour la durée de l'instance (pension alimentaire, garde d'enfant, jouissance du logement ou du mobilier, etc.) épuise ses effets avec le jugement définitif sur le fond: un appel différé au jour où celui-ci aura été rendu serait donc dépourvu d'objet et, relativement à la suppression de tout recours.". Los mismos indican que sin embargo, es admisible una apelación inmediata, siempre que se trate de una de las medidas previstas en los arts. 255 a 257 -es decir, las medidas provisionales- del Código civil francés.

porque se sustituyan por medidas coetáneas, o por las definitivas de la sentencia de primera instancia¹²⁰.

En cuanto a la casación, no es posible dada la provisionalidad de las medidas, tal como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de abril de 1982, 9 de marzo de 1989, 22 de mayo de 1993 ó 29 de abril de 1994¹²¹.

3. 1. 2. 3. Las medidas urgentes de la nueva LEC

En el artículo 771.2 se regulan las nuevas medidas previas urgentes, de contenido y procedimiento más restringido que el de las medidas provisionales, pues se pueden dictar sin audiencia del demandado y su contenido se limita a los efectos del artículo 102 y a las medidas de guarda de los menores y uso de la vivienda y ajuar familiares¹²².

El presupuesto para la obtención de estas medidas es la urgencia, que debe ser apreciada discrecionalmente por el juez, pues se establece que se podrán acordar “si la urgencia del caso lo aconsejare”, aunque, por otro

¹²⁰ El sistema francés, que guarda similitudes con lo regulado en el proyecto, determina la irrecurribilidad del auto de medidas urgentes (art. 1107 NCPC), mientras que el de las provisionales previas, que sustituye al anterior, es recurrible en apelación en los quince días siguientes a la notificación, al igual que ocurre con el de medidas provisionales coetáneas (arts. 1112 y 1119 NCPC), y, además, cuando se recurre la sentencia definitiva en apelación, es posible la ejecución provisional de las medidas accesorias (art. 1083 NCPC).

¹²¹ El rechazo de la casación se basa en el carácter temporal de las medidas, que por lo tanto no son definitivas, y en la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta, que exige conceder al juez una facultad discrecional que no puede vaciar posteriormente de contenido la casación.

¹²² Se observa que el legislador español ha seguido el sistema francés: en un proceso de divorcio en Francia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1107 y ss. del Nouveau code de procédure civile. es posible adoptar tres clases de medidas provisionales: las que, antes de presentar la demanda pero con intención de hacerlo, se soliciten con carácter de urgencia, y que se dictan, sin más trámite, al citar a las partes para la audiencia. El contenido de las medidas urgentes estaría limitado al del artículo 257, y la resolución adoptándolas no puede ser objeto de recurso alguno. Tras su establecimiento, pueden concederse medidas previas a la demanda, ya sin carácter urgente, con el contenido de los artículos 254 a 257, y esta resolución sería susceptible de apelación en los quince días siguientes a su notificación, y caducan si en los seis meses no se ha presentado la demanda. Además existen medidas provisionales coetáneas a la demanda, apelables en los quince días a la notificación, y con un contenido idéntico a las medidas previas.

lado, nada se dispone sobre su acreditación. Entendemos que ha de justificarse de alguna forma esta urgencia, y que no podrán dictarse las medidas si no concurriera la certeza de existir una necesidad perentoria¹²³, y apoyando esta posición ha de tenerse en cuenta que en el sistema general de medidas cautelares se exige la presentación de un principio de prueba (art. 732.2), y, concretamente, en la solicitud de medidas previas a la demanda, que se acrediten las razones de urgencia o necesidad (art. 730.2).

La especialidad procedimental para la obtención de medidas previas radica en la inexistencia de trámites para su obtención, pues únicamente se ordena que el juez acordará estas medidas en la resolución en la que se cite a los cónyuges e hijos menores a la comparecencia de medidas previas.

En relación con la solicitud de estas medidas, entendemos que ha de realizarse en la misma ocasión que cuando se soliciten las medidas provisionales previas a la que se refiere el artículo 771.1, si bien la solicitud específica de las medidas no es presupuesto para su obtención, pues se conceden a discreción del juez, si entiende que la urgencia del caso lo aconseje, es decir, cuando sea preciso proteger la situación de necesidad de uno de los cónyuges o de los menores.

Por otra parte, también es posible que se soliciten únicamente medidas urgentes. En este caso, entendemos en la resolución concediéndolas se habrá de citar igualmente a las partes y eventualmente al MF a la vista, como se dispone en el art. 771.2, pues la situación de urgencia únicamente permite el adelantamiento de determinadas medidas, pero no que se obvie el procedimiento de medidas, en el que se han de adoptar respetando las garantías procesales. Ha de tenerse en cuenta además

¹²³ La concesión de las medidas urgentes indiscriminadamente puede producir graves injusticias, de trascendencia en el ámbito más cercano a las personas; sólo habrá de concederse sin la comparecencia del cónyuge no solicitante en aquellas situaciones en las que exista algún indicio de malos tratos, ya sea por medio de denuncias, aportaciones de testimonios, etc., puesto que lo contrario provocaría su posible uso en situaciones en las que no existan malos tratos físicos o psíquicos, de enfrentamiento entre los cónyuges, como objeto de represalia o de ventaja, lo que puede producir un agravamiento de la crisis familiar, enconando las posiciones de los cónyuges.

que, dado que en principio las medidas que se concedan previamente no serán sustituidas por las medidas coetáneas una vez se presente la demanda matrimonial, es preciso que en el procedimiento se aborden, además de las medidas relativas a los hijos, aquellas otras que las partes deseen ver reguladas durante la pendencia del proceso de forma provisional.

La eficacia de las medidas urgentes es inmediata, y entendemos que, aunque ello no se indique expresamente, son sustituidas por las medidas provisionales previas que se dicten tras la celebración de la vista, pues como las medidas urgentes se recogen en la citación a las partes y al MF a la comparecencia de medidas previas, el procedimiento de éstas debe seguir desarrollándose.

La resolución del juez adoptando las medidas urgentes no es susceptible de recurso alguno, según se decreta en el artículo 771.2, y ello es coherente con su urgencia y con su corta duración, pues se verán sustituidas en un corto período de tiempo por las medidas previas¹²⁴.

3. 1. 3. Procedimiento de medidas provisionales

En la DA 4ª. de la ley 30/81 de 7 de julio se preceptúa que las medidas provisionales se dictarán previos los trámites de los artículos 1896 y siguientes de la LEC, lo que supone una remisión caótica; hay preceptos correspondientes al procedimiento de medidas coetáneas que se encuentran antes del artículo 1896: los arts. 1886 y 1895 no pueden referirse a las medidas previas, y los arts. 1887 a 1892 también pueden ser aplicables a las medidas coetáneas.

Estos preceptos establecen un procedimiento contencioso e incidental del proceso principal, condicionado a la presentación y admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio como señala VILLAGÓMEZ¹²⁵;

¹²⁴ Las medidas provisionales de urgencia francesas no pueden ser objeto de recurso (art. 1107 NCPC), sin embargo, las decisiones relativas a medidas provisionales no urgentes sí son susceptibles de apelación en los quince días siguientes a su notificación.

¹²⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 82.

que se inicia por un escrito del interesado y se sustancia con la comparecencia de las partes, prueba y resolución, contra la que cabe oposición.

Por otra parte, una vez vigente la nueva Ley de enjuiciamiento civil, el procedimiento de medidas provisionales será unitario, fuera de lo establecido para las medidas urgentes, sin distinguirse en cuanto al procedimiento entre medidas previas y provisionales, como ya hemos señalado.

a) Legitimación

Entendemos que pueden solicitar la adopción de medidas provisionales quienes sean o puedan ser parte legítima en el juicio matrimonial de que se trate, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1895 LEC, lo mismo se previene en la nueva Ley de enjuiciamiento civil (arts. 771 y 773), en los que se alude al “cónyuge que se proponga demandar” o al “cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio”, así como al cónyuge demandado. No obstante, BONET NAVARRO considera que en vista del carácter tuitivo de la regulación y la instrumentalidad de las medidas, estarán legitimados todos los que lo estén en los procedimientos de separación, divorcio y también los que tengan el interés directo y legítimo en pedir la nulidad¹²⁶.

Cuando se soliciten alimentos para hijos comunes mayores de edad, estimamos que no es preciso aportar poder, y que el padre que lo solicite está legitimado para ello, como ya se ha indicado, y, en relación con la medida de visitas para terceros, la solicitud también podrá hacerse por uno de los progenitores.

b) Solicitud

Frente a la necesidad de solicitud de las medidas previas a la demanda, consideramos que ésta no es precisa al menos respecto de ciertas medidas,

¹²⁶ BONET NAVARRO, *Matrimonio y divorcio*, ..., ob. cit., pág. 1005.

pese al enunciado del artículo 1895¹²⁷, como consecuencia de la influencia del principio inquisitivo en este tipo de procedimientos.

Así, el juez está obligado a dictar las medidas concernientes a los hijos, exista o no solicitud de parte¹²⁸, como la que determine su guarda, régimen de visitas, contribución a las cargas e incluso determinación del uso de la vivienda familiar. En cuanto al resto de medidas, será preciso que al menos una de las partes realice solicitud, pues su inclusión queda a merced de la voluntad de los cónyuges, que son libres de solicitarlas o no, como sería claramente el caso de las medidas del artículo 102¹²⁹.

Lo mismo ocurriría respecto de las medidas del artículo 103 C.c., pues aunque su solicitud no sería precisa interpretando literalmente el citado art. 103, pues se establece que el juez “adoptará” las medidas, estimamos que, fuera de las medidas relativas a los menores, el órgano judicial no debe intervenir en la regulación provisional de las relaciones familiares, pues se trataría de una materia que quedaría en el ámbito de disposición de las partes, por lo que, ante la falta de solicitud, se puede estimar que las medidas se encuentran reguladas de mutuo acuerdo, y el juez no estaría obligado a dictarlas¹³⁰.

En este sentido, en la nueva LEC (art. 773.1) se establece que “el cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieren adoptado con

¹²⁷ RIFÁ, VALLS GOMAU y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal práctico...*, ob. cit., pág. 268.

¹²⁸ Por el contrario, HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal...», ob. cit., pág. 363 estima que es preciso el impulso de parte.

¹²⁹ En cuanto a las medidas del artículo 102, sí existe necesidad de solicitud para la obtención de algunas de ellas; así, si se desea la inscripción en algún Registro a través del juzgado, así ha de pedirse, y, si los cónyuges quieren seguir manteniendo la vinculación de sus bienes por la potestad doméstica, deben solicitarlo, pues de lo contrario se entenderá que no se vinculan.

¹³⁰ En cuanto a la práctica forense, observamos que, dadas las cifras sobre la litigiosidad en cuanto a medidas provisionales y procesos matrimoniales, en muchos de los casos no se otorgan medidas provisionales. Véase al respecto el capítulo I, Litigiosidad.

anterioridad”, y, en el apartado segundo que “admitida la demanda, el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 103 del Código civil”. Entendemos que esto significa que incluso cuando no exista petición referente a medidas provisionales el tribunal estará obligado a dictarlas, siguiendo lo dispuesto en el art. 103, sin embargo, consideramos que esta obligación sólo es tal en relación con las medidas que afecten a los hijos menores de edad, mientras que las medidas relativas a los progenitores, si no se solicitan, se entienden reguladas de mutuo acuerdo extrajudicialmente.

En cuanto al demandado, puede solicitar medidas provisionales en la contestación a la demanda únicamente cuando no existan medidas precedentes o el demandante no haya solicitado medidas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 773.4. En este caso la solicitud se realizará y se sustanciará en la vista principal si ésta se señala en los diez días siguientes a la contestación, y si no pudiera señalarse en el plazo indicado, se convocará una comparecencia para las medidas¹³¹.

De solicitar el demandado medidas que el demandante no haya pedido, entendemos que ello habrá de hacerse en la contestación a la demanda, y sustanciarse igualmente en la vista principal, salvo que ésta se señalara antes de los diez días siguientes a la contestación, caso en el que la comparecencia de medidas se habría de posponer, con el fin de permitir una adecuada defensa de las partes.

Una vez solicitadas las medidas, ni en la legislación actual ni en la nueva LEC se establece el trámite de la contestación a la solicitud de medidas en la contestación a la demanda, y por el contrario ello habrá de hacerse en la

¹³¹ Esta especial referencia al demandado tiene su origen en la enmienda al artículo 775 presentada en el Congreso de los Diputados por el GS, en la que se señalaba que el demandado debe tener ocasión de solicitar las medidas, sin embargo lo correcto hubiera sido señalar que ambos cónyuges pueden solicitar medidas en el apartado primero del artículo 773, pues de esta última inclusión se podría colegir que si las partes no solicitan medidas provisionales, no se dictarán, lo cual no es correcto, dada la necesidad de que se dicten al menos las medidas relativas a los menores.

comparecencia, pues la solicitud únicamente tiene como función delimitar cuáles son las medidas sobre las que se va a centrar el debate.

En relación con el momento de su solicitud, y en cuanto al sistema vigente, consideramos que las medidas coetáneas se pueden demandar en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia, pues no existen restricciones a este respecto, y que incluso se podrían demandar durante la segunda instancia (siempre que las medidas principales no se declararan provisionalmente ejecutables), siendo el órgano competente para dictarlas la Audiencia Provincial¹³².

Según la nueva LEC, por el contrario, la solicitud ha de hacerse en la demanda y la contestación, como expresamente se dispone en el artículo 773.1 y 773.4, por lo que la solicitud realizada posteriormente será rechazada en virtud de estos artículos, si bien entendemos que por la vía del art. 730 podrá solicitarse al tribunal ante el que se esté sustanciando la causa cualquier medida si la petición se basa en “hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”, pues igualmente en el sistema general de medidas cautelares la solicitud debe hacerse junto con la demanda principal.

En cuanto a la forma de la solicitud, puede hacerse en un escrito sin sujeción a forma, si bien en la práctica se realiza mediante otrosí o en un escrito independiente al de la demanda principal, y ha de ir firmada por abogado y procurador, a diferencia de las medidas previas¹³³. Una vez en vigor la nueva LEC, habrá de hacerse en la demanda y contestación.

¹³² En el mismo sentido, GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio...*, ob. cit., pág. 144.

HIJAS FERNÁNDEZ, «Problemática procesal...», ob. cit., pág. 364, estima por el contrario que es el juez de primera instancia el facultado para dictar las medidas, por la referencia de los artículos 103 C.c. y 1886 y siguientes de la LEC al “juez” y no al “tribunal”.

¹³³ RIFÁ, VALLS GOMAU y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal práctico...*, ob. cit., pág. 270, así como GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio...*, ob. cit., pág. 144.

c) Citación.

Una vez que uno de los cónyuges realiza la primera demanda o solicitud de medidas previas es preciso que se cite a la otra parte a una audiencia.

La citación al demandado no puede hacerse por correo, ni practicarse a través del actor¹³⁴, porque éste podría impedir que la citación llegase a manos del que hubiese de ser notificado; se podrá determinar un domicilio para efectuar válidamente las notificaciones, después de practicar prueba a tal efecto, como el lugar de trabajo, sin vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva si se acredita que el demandado tuvo oportunidad de defensa o la situación creada tuvo como causa su propia conducta procesal¹³⁵.

En cuanto a los emplazamientos edictales, cuando se desconoce el domicilio del que ha de ser notificado, pueden producir la nulidad de actuaciones si hubiera sido posible averiguar dicho domicilio, de acuerdo con

¹³⁴ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales...*, ob. cit., pág. 41, señala que se podrá notificar en la persona de un pariente o vecino, aunque podría vulnerarse el derecho a la intimidad del demandado. Apunta que llamar al demandado por teléfono o enviarle un telegrama con objeto de que comparezca en el Juzgado para ser citado, aunque no sea procesalmente correcto, es práctico, acudiéndose a la citación a través de tercero en caso de que no acuda a la llamada de manera informal señalada.

De la misma manera, en la doctrina emanada de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se recalca la importancia de realizar los llamamientos sin producir indefensión: *"resulta indiscutible la transcendencia que adquiere, desde la perspectiva del derecho a no padecer indefensión que consagra el artículo 24.1 de la Constitución española, la corrección de todo llamamiento a juicio, de suerte que de él depende el conocimiento por el interesado de la existencia del proceso y de su derecho de intervención en el mismo, con el consiguiente ejercicio de los derechos de defensa y contradicción procesales, y en este sentido, si bien el legislador permite en ocasiones que el acto de comunicación procesal se realice a personas diferentes al interesado, establece una serie de requisitos para tal modalidad de llamamientos que el acto ha de cumplir, pues aquellas exigencias encuentran su razón de ser y finalidad última en la garantía de que el destinatario del acto tendrá oportuna noticia, y por ello el cumplimiento de tales requisitos deberá examinarse en cada supuesto concreto, de conformidad con la ratio y fundamento que inspira su existencia"*. Sentencias de 29 de noviembre y 13 de diciembre de 1990.

A diferencia de nuestro sistema, en el proceso de divorcio francés, además de notificarse la solicitud de medidas provisionales por carta certificada, el juez de asuntos familiares puede autorizar en caso de urgencia a uno de los esposos a citar al otro a la audiencia de conciliación (art. 1109 Nouveau Code de procédure civile).

¹³⁵ STC 28 de junio de 1988, RTC 1988/129.

la doctrina del Tribunal Constitucional¹³⁶, siendo lo más adecuado intentar la notificación en diferentes direcciones como pueden ser la del último domicilio conocido, la del trabajo, la de los padres u otros familiares.

En la LEC de 2000 no se introducen grandes novedades en el ámbito de las comunicaciones, y falta en este punto una previsión conducente a asegurar el conocimiento de la citación, que tan graves consecuencias puede tener para el cónyuge demandado o no solicitante de las medidas previas, por lo que sería positiva la obligación de incluir en la demanda o solicitud diversos lugares de notificación al demandado, tales como su lugar de trabajo o domicilio de familiares, frente a la simple potestad del demandante de señalar dichos domicilios según el artículo 155¹³⁷.

d) Comparecencia

El artículo 103 del C.c. establece como único requisito en la tramitación de las medidas provisionales que se dé audiencia a las partes para la adopción de las medidas provisionales, mientras que los artículos a que remite la DA 4ª. recogen unos trámites mucho más amplios que una simple audiencia, lo que ha suscitado las críticas de parte de la doctrina¹³⁸, si bien

¹³⁶ "Desde una perspectiva consitucional, el carácter supletorio y excepcional de las notificaciones por medio de edictos y su consideración como remedio último para la comunicación del órgano judicial con las partes, requiere el agotamiento previo de aquellas otras modalidades que, por ofrecer la mayor seguridad de la recepción por el destinatario de la cédula, dotan de una mayor efectividad al derecho a cuya protección las notificaciones sirven (SS TC 196/1989; 16/1989; 234/1988; 155/1988; 72/1988; 157/1987; 37/1984, ó 9/1981)." MORENO CATENA, *Introducción al derecho procesal*, (con Cortés y Gimeno); Madrid: 1996, pág. 349 y ss.

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de junio de 1997, RTC 1997/118, se anula la sentencia de divorcio que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva al producirse indefensión a uno de los cónyuges, causada por citación edictal. En esta sentencia, se recalca el carácter estrictamente subsidiario del emplazamiento edictal.

En el mismo sentido, sentencia de la AP de Madrid de 7 de noviembre de 1992, Auto de la AP de Madrid de 14 de enero de 1993.

¹³⁷ Así se pretendía en la enmienda al artículo 772 presentada por el GS en el Congreso de los Diputados.

¹³⁸ Así, MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 130, señala que en cuanto a la denominación hay una incoherencia entre la DA 4ª, de carácter adjetivo y el contenido sustantivo del artículo 103 C.c., porque este artículo se refiere simplemente a una "audiencia", mientras que la DA regula un procedimiento remitiendo al 1896 LEC, por lo

entendemos que la concreción de la necesidad de la audiencia tiene como finalidad establecer un mínimo procedimental, que las medidas no se dicten inaudita parte. Lo mismo ocurre con lo establecido en la LEC de 2000; una comparecencia, en la que igualmente se practicará la prueba (art. 771).

Se plantea el problema de si las partes habrán de comparecer, además de por medio de Procurador, por sí mismas¹³⁹, pues en el art. 1898 LEC se dispone que si el solicitante de las medidas no comparece en el término señalado, se le tendrá por desistido, y el 103 C.c. se refiere a esa audiencia. Entendemos que la presencia de la parte es muy conveniente para formar criterio, por lo que debería ser exigible la presencia física de los cónyuges; sin embargo, al no determinarse así legalmente en la LEC de 1881, será suficiente que comparezca su procurador y abogado¹⁴⁰, a diferencia de lo señalado en la de 2000, en la que la presencia de los cónyuges es imperativa, y en caso de no asistir, se producirán ciertos efectos desfavorables para el ausente.

En la nueva LEC se regula la comparecencia en el artículo 771, correspondiente a las medidas previas, y al que remite el artículo 772, sobre modificación de las medidas previas una vez presentada la demanda, así como el artículo 773, en el que se determina la forma de adopción de las medidas coetáneas a la demanda, o en el 775.3, que establece la posibilidad de modificar provisional o definitivamente medidas definitivas concedidas en un pleito anterior.

Así, todas las medidas provisionales o la modificación de éstas se tramitan a través de la comparecencia regulada en el artículo 771, con la salvedad de que se hayan solicitado en la contestación a la demanda y la vista

que considera esta nomenclatura como fallo de la técnica procesal, ya que la palabra "audiencia" tiene en derecho un sentido distinto al de procedimiento, que es lo regulado en los artículos 1896 y siguientes..

¹³⁹ ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis...*, ob. cit., pág. 263, apunta que parece que es necesaria la presencia física de los cónyuges.

¹⁴⁰ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho...*, ob. cit., pág. 34 y 35, se inclina por la validez de la comparecencia con la presencia de Letrado, que tendrá que acudir siempre, y del Procurador, que no será necesario, si bien ha de estar personado en forma legal, y señala que la práctica habitual es ésta, al igual que LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Regulación procesal de la ley de divorcio*; Barcelona: 1983 pág. 39.

principal se vaya a producir en los diez días siguientes a la contestación, caso en el que se tramitarán en la vista principal (art. 773.4).

Los cónyuges deben asistir a dicha comparecencia, imponiéndose al no asistente cuya ausencia no quedara justificada una carga en el artículo 771.3 *“que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial”*, lo cual supone la atribución de valor de prueba tasada a las alegaciones del cónyuge asistente, con la consecuente inutilidad de la prueba en contrario presentada por el no asistente.

En los sistemas procesales del entorno como el francés, belga o portugués se observa la importancia otorgada a la comparecencia de los cónyuges, pues normalmente el primer acto del proceso está encaminado a obtener una conciliación de los cónyuges o una aproximación de sus posiciones, produciendo la falta de asistencia determinados efectos en algunos casos: en el sistema belga, ante la falta de asistencia la resolución puede dictarse desfavoreciendo al no asistente; en el derecho portugués se le puede imponer una multa¹⁴¹, y en el italiano, ante la incomparecencia del demandado notificado legalmente, el juez dictará medidas provisionales, si bien podrá fijar una nueva audiencia para intentar la conciliación o en su caso señalar las medidas provisionales correspondientes¹⁴².

En general, no se prohíbe la presencia de la defensa y representación de los cónyuges; a diferencia de la regulación italiana, en la que se impide la asistencia del defensor en las medidas de primera fase o presidenciales, pues la comparecencia personal, ya que tiene la finalidad de conseguir la relación directa del juez y las partes para intentar la conciliación, no pudiendo el defensor asistir hasta el final de la fase presidencial¹⁴³.

¹⁴¹ Artículos 1258 del Code judiciaire belga, 1110 y siguientes del Nouveau code de procédure civile francés y 1407 del Código de processo civil.

¹⁴² La audiencia de los cónyuges, en todo caso, será en primer lugar separadamente, y posteriormente conjunta. DOGLIOTTI, *Separazione...*, ob. cit., pág. 46.

¹⁴³ *"All'udienza i coniugi compaiono personalmente, senza l'assistenza del difensore (art. 707 c.pág.c.). Si è detto che la ratio della norma sta nell'opportunità di un tentativo*

Por el contrario, en el sistema francés se requiere una solicitud por abogado, si bien debe presentarse también el esposo en persona en caso de pedir medidas de urgencia (art. 1106 del Nouveau code de procédure civile).

e) Forma de la audiencia

En el sistema actual no se regula la forma de la comparecencia de los cónyuges, por lo que su contenido queda a discreción del juez. El juez puede seguir los trámites rigoristas de los procedimientos declarativos generales¹⁴⁴, o bien puede establecer un sistema de audiencia flexible, en el que interviene cuando desee, preguntando a las partes o sus abogados las cuestiones que considere, promoviendo incluso el debate sobre lo que juzgue, lo cual es más apropiado dada la especialidad de la materia.

Las consecuencias de esta amplia discrecionalidad son la inseguridad de la parte ante el procedimiento a seguir, así como sobre la forma en que su defensa ha de preparar el asunto, y la posible dilación del procedimiento¹⁴⁵. Una de las funciones del juez en este tipo de procedimientos debe ser la actuación como conciliador, sobre todo en el caso de existir hijos comunes,

di conciliazione, se esso non riesce la presenza successiva dei difensori potrebbe rivelarsi proficua, e le loro richieste potrebbero indirizzare il presidente nell'emanazione dei provvedimenti provvisori (ma la legge sul divorzio sembra ammettere la presenza dei difensori fin dall'inizio della fase presidenziale)." DOGLIOTTI, Separazione e divorzio..., ob. cit., pág. 45.

¹⁴⁴ LÓPEZ BARJA de QUIROGA, *Regulación procesal...*, ob. cit., pág. 39 considera que se trata de un procedimiento rogado en el que se realizan preguntas predeterminadas por cada parte, sin perjuicio de las posibilidades que el juez tiene de preguntar lo para mejor proveer al final del procedimiento.

¹⁴⁵ GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del...*, ob. cit., pág. 145, se refieren a la existencia en cada juzgado de un "usus fori" en lo relativo a la tramitación de las medidas provisionales.

El sistema procesal divorcista portugués también está dominado por las amplias facultades discrecionales del juez, ya que, en relación con las medidas provisionales, no se establece procedimiento alguno, ya que puede realizar las diligencias que considere necesarias (art. 1407.7 del Código de processo civil). Por el contrario, ordenamientos más evolucionados como el francés, alemán o belga, concretan las actuaciones de las partes y del juez, reduciendo la discrecionalidad.

exhortando a las partes a llegar un acuerdo en cuanto al contenido de las medidas, tanto provisionales como definitivas¹⁴⁶.

En la nueva LEC se distinguen varias formas de tramitación de las medidas provisionales: en primer lugar, se prevé la posibilidad de que las partes acordaran el contenido de las medidas provisionales, y el acuerdo puede haberse incluido en la demanda, o bien adoptarse en la vista¹⁴⁷. En caso de existir acuerdo, se oirá al Ministerio Fiscal si alguna de las partes o sus descendientes fueran menores de edad, incapaces o ausentes, y el tribunal aprobará o no el acuerdo. Si aprueba el acuerdo, finalizará la comparecencia y se dictará un auto con el contenido de las medidas objeto de acuerdo en el plazo de tres días (art. 771.3).

Por el contrario, de no aprobarse el acuerdo o hacerse parcialmente, se establece una segunda tramitación: la comparecencia se seguirá desarrollando, al igual que si no se presentó acuerdo de las partes, oyéndose las alegaciones de los concurrentes (partes y MF, en su caso) y practicándose la prueba que se proponga y considere pertinente y útil, así como la que el tribunal acuerde de oficio, que únicamente podrá versar sobre las materias que afecten a los menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 770.4º. y 752.4º¹⁴⁸.

La práctica de la prueba se hará en la misma comparecencia, si bien, de no ser posible, ello se hará en los diez días siguientes y “en unidad de acto” (art. 771.3), es decir, que el día que se fije para la continuación de la

¹⁴⁶ El juez, en cumplimiento de esta función puede promover que los cónyuges acudan a un servicio de conciliación, así como sugerir el encauzamiento del procedimiento hacia el mutuo acuerdo.

¹⁴⁷ En la nueva LEC se hace referencia en el artículo 771 al acuerdo de los cónyuges, así como en el 773, indicándose en este último precepto que lo convenido por los cónyuges en medidas provisionales no vincula en la adopción de las medidas definitivas, por lo que se observa un interés del legislador en que la regulación provisional sea acordada por las partes, evitándose así la fase de alegaciones y prueba

¹⁴⁸ Este último inciso fue introducido en Comisión del Congreso a partir de la enmienda del GS.

prueba deberán practicarse todas las pruebas que falten en la misma audiencia¹⁴⁹.

En tercer lugar, existe otra forma de celebración de la comparecencia, cual es la que se sustancia junto con la vista principal, en el caso de que las medidas hayan sido solicitadas en la contestación a la demanda y la vista haya sido fijada antes de diez días tras la contestación (art. 773.4). Consideramos que de ser así, la sustanciación de medidas provisionales debe anteceder a la de la cuestión principal, procurándose la práctica de la prueba relativa a las medidas provisionales en el mismo acto, o lo antes posible, en unidad de acto, en los diez días siguientes, tal como se dispone respecto de la comparecencia de medidas provisionales. Sin embargo, en relación con esta especialidad, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que la sentencia se dicte inmediatamente después de la vista, caso en el que no existirían medidas provisionales, sino directamente medidas definitivas. En este caso, entendemos que el tribunal debe valorar al inicio de la vista cuánto tiempo tomará la práctica de las pruebas del procedimiento principal, y en caso de entender que no se sustanciará en la misma vista, habrá de tramitar inicialmente las medidas provisionales.

f) Intervención del Ministerio Fiscal.

De acuerdo con lo dispuesto en la DA 8ª. de la ley 30/81 y la LEC, o el artículo 749 de la nueva LEC, la intervención del Ministerio Fiscal en caso de existir menores, incapaces o ausentes es preceptiva, por lo que la infracción de los trámites de comunicación, personación en la vista o evacuación de informe del Ministerio Fiscal debe tener como consecuencia la nulidad del procedimiento desde que se cometió la falta, de acuerdo con lo señalado en el art. 238.3º. LOPJ, pudiendo denunciarse en cualquier momento sin necesidad de trámite especial, en cuanto se trata de un defecto que debe corregirse de

¹⁴⁹ Esta referencia a la unidad de acto fue introducida en la Comisión del Congreso a partir de la enmienda del GS nº. 668.

oficio¹⁵⁰, si bien en la práctica en muchas ocasiones la vulneración no tiene consecuencias¹⁵¹, con lo que su fuerza o eficacia queda muy limitada¹⁵².

La actuación del Ministerio Fiscal en esta clase de procedimientos tiene la finalidad de impedir estipulaciones contrarias a los intereses personales o patrimoniales de las personas que justifican su intervención, y, concretamente, la circular de la FGE 3/86 señala que para el Ministerio Fiscal tienen especial importancia las medidas que resuelven las cuestiones de patria potestad y cuidado de los hijos, régimen de visitas a los hijos y uso de la vivienda familiar.

Consideramos que éstas deben ser las únicas sobre las que puedan y deban pronunciarse, junto a las medidas que puedan afectar a cónyuges menores, incapaces o ausentes. Su función de control en cuestiones sobre estado civil, sólo legimarían al Ministerio Fiscal para pronunciarse sobre la

¹⁵⁰ Circular 3/1986 de la Fiscalía General del Estado sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales.

¹⁵¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993 se desestima como motivo de casación la falta de informe preceptivo del Ministerio Fiscal en un procedimiento de mutuo acuerdo con hijos menores, conforme la DA sexta de la ley 30/81, con motivo en la seguridad jurídica, "porque su acogida llevaría consigo la reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción con la consiguiente nulidad de la sentencia matrimonial y la posterior de divorcio, no del convenio regulador como con notorio error se dice por la recurrente, y ello no sería posible... ya que las sentencias son firmes". DURÁN RIVACOBÁ, «Nulidad de actuaciones por falta de informe del Fiscal: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993»; *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1993, abril-agosto, nº. 32, pág. 841, indica que esta solución es un vestigio de la pauta venire contra factum proprium, y que se justifica por el principio de que quien provoca la nulidad no puede a posteriori beneficiarse de la nulidad.

Ha de tenerse en cuenta además la limitación de los recursos de la fiscalía, y así lo refleja en la circular 3/1986, donde se señala que será deseable que acuda a la comparecencia, aunque asume que en ocasiones no será posible, insistiéndose en que esté presente al menos en aquellos casos que se presenten más trascendentes o conflictivos

¹⁵² Esta situación era denunciada incluso en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1995 al criticar la mala regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales, paliada por la proliferación de instrucciones y circulares que si bien son de obligado cumplimiento para los Fiscales, no tienen otro valor para la jurisdicción que su poder de convicción.

admisibilidad de la causa de nulidad, separación o divorcio, mas no sobre cuestiones relativas a las relaciones de los cónyuges¹⁵³.

El Ministerio Fiscal también podrá solicitar que se adopten las garantías personales y reales suficientes para la efectividad de las medidas que afecten a menores, incapacitados o ausentes¹⁵⁴.

Ante la falta de concreción de la forma de su intervención, pues en el artículo 1899 LEC se entiende que ha de ser “oído”, señala la circular 3/86 que es deseable que en la comparecencia para adoptar las medidas provisionales se conceda la palabra en último lugar al Ministerio Fiscal, para que con el conocimiento de las posiciones de los cónyuges pueda formular con más fundamento las peticiones pertinentes, lo cual se debe regular legalmente, como se pide en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998¹⁵⁵.

Sin embargo, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil tampoco se ha establecido concretamente su intervención, aunque sí se especifica la necesidad de que se convoque al Ministerio Fiscal si hubiere hijos menores o incapaces a la comparecencia de medidas provisionales (art. 771), y en ésta se escuchará al Ministerio Fiscal para valorar el acuerdo de los cónyuges sobre medidas provisionales. En caso de no existir acuerdo, entendemos que, aunque ello no se encuentre concretado, habrá de ser oído igualmente, una vez las partes hayan intervenido y se haya practicado la prueba.

La intervención del homólogo del Ministerio Fiscal en los países del entorno varía: mientras que en Portugal no se encuentra regulada, la intervención del italiano es más amplia que la del español; en la segunda fase del procedimiento, llamada contenciosa o instructoria, y posterior a la presidencial, en la que el presidente ha tomado medidas provisionales, el MF ha de asistir en todos los casos, a diferencia de lo que ocurre en la primera

¹⁵³ Únicamente se concede al juez la obligación de velar por los intereses de los cónyuges en el sentido de que debe evitar los acuerdos que fueran gravemente perjudiciales para alguno de ellos.

¹⁵⁴ CABALLERO GEA, *Procesos...*, ob. cit., pág. 297.

fase¹⁵⁶. En derecho alemán, la audiencia a la autoridad competente en materia de menores es necesaria para la validez de las medidas¹⁵⁷, y en el sistema francés la función protectora de los menores se realiza a través de la llamada “enquête sociale”, en la que se valoran las posibilidades de los proyectos de los progenitores respecto de los menores (arts. 1078 a 1080 del Nouveau code de procédure civile); en el sistema belga las medidas que afecten a los menores deben, de acuerdo con el art. 8 de la ley de 8 de abril de 1965 sobre protección de la juventud, y bajo pena de ilegalidad, dictarse por el juez del référé con la asistencia del Ministerio Público¹⁵⁸.

g) Prueba

El desarrollo de la prueba ha de realizarse en la primera comparecencia de medidas provisionales, salvo que no sea posible practicarla toda, caso en el que se llevará a cabo en el plazo de tres días (vigente artículo 1899 de la LEC), o en el plazo de diez días (art. 771.3 de la nueva ley).

En cuanto al plazo máximo de tres días para celebrarse la prueba, señalan GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA que prácticamente es de imposible cumplimiento, con lo que el juez puede optar por usar la facultad del art. 340 LEC, acordando como diligencia para mejor proveer la realización de la prueba que no se ha podido practicar, o simplemente alargar dicho plazo¹⁵⁹.

Los artículos 1896 y ss. de la LEC regulan un período probatorio; concretamente en el 1899 se establece que en la comparecencia el juez oirá a las partes y al Ministerio Fiscal, admitiendo las pruebas que se presenten en el

¹⁵⁵ Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, pág. 730.

¹⁵⁶ DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio...*, ob. cit., pág. 50.

¹⁵⁷ Art. 620 a) III y 620 b) I Zivilprozeßordnung.

¹⁵⁸ (Cass. B., 13 decembre 1968, p., 1969, I, 354). Comentario al Code judiciaire, Bruyant, Bruxelles, actualizado hasta 1999.

¹⁵⁹ GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley del divorcio...*, ob. cit., pág. 145.

acto y estime pertinentes para la justificación o impugnación de las medidas solicitadas.

Por lo tanto, el momento de preclusión para solicitar las pruebas será el de la celebración de la vista, excluyéndose las que no se aporten en dicho momento, al igual que se previene en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en la que además se hace referencia a la prueba que el tribunal acuerde de oficio.

Por otra parte, en cuanto al nuevo procedimiento de medidas previas urgentes no existe comparecencia ni periodo probatorio, y ni siquiera se exige la aportación de un principio de prueba de la urgencia o la necesidad del cónyuge que solicita las medidas urgentes, con lo que en principio, con la sola solicitud se podrían adoptar medidas de magnitud tales como el uso de la vivienda o la guarda de los hijos. Consideramos sin embargo que en la práctica, pese a depender la concesión de las medidas de la discrecionalidad del juez –en el articulado no se indica ni tan siquiera la necesidad de solicitud de las medidas con carácter urgente- no deberían dictarse medidas urgentes sin la realización de una mínima actividad probatoria, consistente en escuchar al cónyuge, y recibir en el mismo momento los documentos y testimonios conducentes a probar la urgencia.

Entre las posibles pruebas a practicar cobra gran importancia el dictamen de especialistas solicitado de acuerdo con los artículos 92 y 158 del Código civil, prueba pericial “*sui generis*”, pues no se circunscribe al análisis de hechos pasados, sino que han de servir fundamentalmente para realizar un pronóstico de futuro, por lo que lo considera “un nuevo tipo de prueba pericial técnica de carácter singular, con un contenido y naturaleza específico”¹⁶⁰. Es precisamente en fase de medidas provisionales donde mejores resultados ofrece la intervención de especialistas en psicología o en trabajo social, pues es en este momento en el que se puede incidir más fácilmente en la formación de las actitudes de los diversos miembros de la familia ante la crisis¹⁶¹.

¹⁶⁰ ORTUÑO MUÑOZ, «El dictamen de especialistas como prueba pericial *sui generis* en el derecho de familia y la mediación»; *Poder Judicial*, nº. 37, pág. 197 y 199.

¹⁶¹ ORTUÑO MUÑOZ, «El dictamen de especialistas...», ob. cit., pág. 202.

El dictamen de especialistas se puede clasificar como prueba pericial, sin embargo, en muchos casos su alcance sobrepasará al de esta prueba¹⁶²: además de en la elaboración de la encuesta psicosocial, de gran arraigo en Francia¹⁶³, puede consistir en la mediación de estos profesionales en el conflicto familiar, acercando posiciones materiales y procesales¹⁶⁴.

Otra cuestión es la posibilidad de que el juez haga uso de la facultad de acordar prueba para mejor proveer, de acuerdo con el artículo 340 LEC, o más concretamente con la Disposición adicional 5ª. i), lo cual ha de ser admisible en todo caso¹⁶⁵.

Otra prueba de especial trascendencia es la de la exploración al menor, que, de acuerdo con lo establecido por la ley, deberá realizarse en todo caso si es mayor de 12 años, así como cuando tengan bastante juicio (art. 92 C.c.). La ley 1/1996 de 15 de enero, del menor, establece el derecho de éste a ser oído en los procedimientos en que se decidieran cuestiones que le afectaran (art. 9), pudiendo designar para ello, cuando tuviera bastante juicio, a una persona que le represente. Su desarrollo no se concreta legalmente, si bien en la práctica forense se realiza sin la presencia de las partes ni de sus abogados, con el fin

¹⁶² ORTUÑO MUÑOZ, «El dictamen...», ob. cit., pág. 194.

¹⁶³ De acuerdo con el artículo 1078 del Nouveau code de procédure civile, el juez de asuntos de familia puede, incluso de oficio, encargar una encuesta social, si considera que está insuficientemente informado con los elementos de los que dispone. Por otro lado, según el artículo 1116, puede solicitar a un especialista un proyecto sobre prestaciones y pensiones después del divorcio.

¹⁶⁴ En este sentido, la mediación es un instrumento cada vez más utilizado, y, en la fase de medidas previas, se podrán adoptar dos sistemas: bien se suspende el procedimiento, hasta que la mediación llegue a su fin, o bien se determina, en el auto de medidas previas, la intervención del conciliador ORTUÑO MUÑOZ, «El dictamen...», ob. cit., pág. 203.

¹⁶⁵ En el artículo 1116 del Nouveau code de procédure civile, el juez puede encargar incluso de oficio a un notario o a un profesional cualificado un proyecto de reglamentación de las prestaciones y pensiones para después del divorcio, y también puede solicitarle un proyecto de liquidación del régimen matrimonial.

Sin embargo, destaca la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 la necesidad de que el juez no proceda de oficio, asumiendo funciones inquisitivas, y que debe ser el Ministerio Fiscal el que intervenga en el proceso civil “para paliar la inercia de las partes en aquellos asuntos que por concurrir un interés público no se pueden dejar a la iniciativa de los particulares, ni ampliar las facultades del juzgador alterando los principios clásicos de nuestro sistema de enjuiciar”. Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998, pág. 728.

de evitar presionar al niño, pues en el artículo 9.1 de la ley 1/1996, de 15 de enero se señala que “*en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad*”. El juez podrá auxiliarse para ello de un asistente social o un psicólogo¹⁶⁶, y las preguntas que se hagan al menor no deberán ser del tenor que le pongan en la situación de elegir entre un progenitor u otro¹⁶⁷.

Esta prueba no se encuentra recogida expresamente en la regulación de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales, a diferencia de lo previsto para las medidas definitivas (art. 770.4º), sin embargo entendemos que debe practicarse, salvo que exista acuerdo de las partes en cuanto al contenido de la medida de guarda¹⁶⁸, siguiendo los criterios generales establecidos por la LO 1/1996 de protección al menor, habiendo el Ministerio Fiscal de velar por que se dé cumplimiento, como bien señala VALCARCE LÓPEZ¹⁶⁹.

¹⁶⁶ GUZMÁN y CASTILLEJO, *Los derechos procesales...*, ob. cit., pág. 48, apuntan que la presencia del psicólogo es importante en el caso de que la comunicación con el menor tenga especial dificultad, o cuando existan problemas como malos tratos, etc., pues podrá proporcionar al juez, lego en la materia, las consideraciones precisas para entender las reacciones del menor

¹⁶⁷ En este sentido, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de abril de 1998, AC 1998/669, se admite que no se realice la exploración a un niño de 6 años, pues “*la indagación judicial sobre sus preferencias, además de no ser significativas debido a la influenciabilidad de un niño de tal edad, sería notoriamente perjudicial para su equilibrio psicológico, ya que implicaría colocarlo en la tesitura de que decida a favor de un progenitor, en perjuicio del otro, lo que supone un nivel de exigencia que la psiquiatría infantil especializada califica de traumatismo psíquico de carácter muy grave, y significa en la práctica el desplazamiento de la responsabilidad que sólo atañe a los padres –y en ausencia de acuerdo al juzgador–, hacia el propio hijo menor*”.

¹⁶⁸ En este sentido, en el art. 1671 del BGB alemán se establece que si hay acuerdo de los padres, no se precisará el concurso del hijo menor de catorce años.

¹⁶⁹ VALCARCE LÓPEZ, «El Ministerio Fiscal...», ob. cit., pág. 45.

RICH OLIVA, *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 70, entiende es aconsejable practicar la audiencia al menor en medidas provisionales, lo que hará innecesaria una segunda en el proceso principal.

En todo caso, de manifestar expresamente el menor su voluntad de convivir con uno de los progenitores, ello no vinculará al tribunal, pues su beneficio puede no coincidir con su voluntad.

En cuanto a la resolución, finalizado el acto en el que se practicó la prueba que no hubiera podido producirse en la comparecencia, en el que entendemos que habrá de oírse en último lugar al Ministerio Fiscal, habrá de dictarse en el plazo de tres días, de acuerdo con el artículo 1899 de la LEC de 1881 ó 771.4 de la LEC de 2000.

h) Recursos.

La cuestión de la recurribilidad de los autos de medidas provisionales coetáneas plantea de nuevo diversas posturas que van desde la inadmisibilidad de recurso alguno a la posibilidad de recurrir en apelación, pasando por la intermedia de reposición y posterior apelación o admitir el recurso contra determinadas medidas.

Concretamente, entre las normas que regulan las medidas provisionales, encontramos que contra el auto que pone término a este procedimiento no se concede recurso alguno, pero que sí se podrá formular oposición conforme al artículo 1900 LEC¹⁷⁰, que será solamente devolutiva o en un solo efecto, sin que en ningún caso pueda paralizarse la ejecución¹⁷¹, y el trámite apropiado para su tramitación será el de los incidentes, por lo que la sustanciación de la oposición puede llegar a durar tanto como el proceso matrimonial principal (que se tramita por el mismo cauce en el caso de la separación y divorcio contencioso y algunos supuestos de nulidad)¹⁷².

Es cuestionable si contra la resolución de la oposición cabe recurso de apelación, de acuerdo con el artículo 381.

¹⁷⁰ BONET NAVARRO, *Matrimonio...*, ob. cit., pág. 1007 y 1008.

¹⁷¹ Medida que está influida del principio tuitivo del interés familiar, pues nunca se podrá producir la suspensión de los efectos de las medidas concedidas por el juez. FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 699.

¹⁷² VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 89.

Parte de la doctrina se opone a la tramitación de ningún tipo de recurso, basándose en criterios de economía procesal y coherencia, al entender que las medidas provisionales tendrán una corta duración, dada su sustitución por las medidas recogidas en la sentencia¹⁷³, y en la práctica forense, la admisibilidad o no de oposición y de apelación depende del proceso que se siga en cada Juzgado, o Audiencia, dada la falta de regulación y de unificación de la doctrina.

Consideramos que la opción más lógica y que puede dar mejores resultados es la de eliminación del recurso si las medidas definitivas sustituyen a las provisionales desde el momento de su concesión, sin esperar a su firmeza, sin embargo, ante la imposibilidad de ejecutarse dichas medidas, el recurso debería ser admisible¹⁷⁴.

En este sentido, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil se atribuye indubitadamente eficacia directa a las medidas provisionales y se cierra la posibilidad de admitir recurso contra el auto que las contenga (art. 771.4 y 773.4), lo que impide el recurso de reposición que en la ley se admite contra los autos¹⁷⁵.

¹⁷³ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 131 indica que "Nos repugna llegar a pensar en la vigencia del art. 1900 LEC regulador de un extraño proceso impugnatorio ante el propio a quo por el trámite además de incidentes."

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit. pág. 90, también aboga por la supresión de la oposición, permitiendo los recursos ordinarios.

¹⁷⁴ Dada la regulación vigente sobre ejecución provisional, en la práctica forense actual no se ha generalizado la ejecutabilidad inmediata de las medidas definitivas, sino que es común el otorgamiento de eficacia a las medidas provisionales hasta la firmeza de la sentencia, con lo que la oposición se transforma en un trámite útil, pues puede permitir al juez resolverla incluyendo medidas con el mismo contenido que en la sentencia principal, con lo que se estaría dando eficacia a las medidas definitivas por otra vía.

¹⁷⁵ Las resoluciones que contienen medidas provisionales adoptan la forma de autos, porque no ponen fin al proceso y tienen un contenido material que produce la necesidad de motivación, y como autos deberían ser recurribles en reposición, de acuerdo con lo indicado en el artículo 451 de la nueva ley, sin embargo, de la expresa referencia en los procesos matrimoniales a la imposibilidad de darse recurso alguno, ha de entenderse que la reposición tampoco puede caber. En la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que se han querido limitar las apelaciones contra resoluciones interlocutorias, es decir, que no ponen fin al proceso, y contra la resolución del recurso de reposición no cabe recurso de apelación, pudiéndose únicamente insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia en primera instancia, de acuerdo con lo indicado en el artículo 454.

Por lo tanto, las resoluciones sobre medidas provisionales no serán recurribles en apelación, mientras que las definitivas sí, aunque tendrán eficacia inmediata, evitándose la superposición de instancias que se puede producir en la actualidad¹⁷⁶.

En cuanto al derecho vigente, las medidas provisionales no son recurribles en casación, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1994 (RJ 1994/2945), de 22 de mayo de 1993 (RJ 1993/3977) o de 28 de abril de 1982 (RJ 1982/1966), por no ser definitivas y por ello no poner término al procedimiento¹⁷⁷, y por ello tampoco serán recurribles una vez entre en vigor la nueva LEC.

3. 2. Procedimiento para la obtención de medidas en los procesos de menores.

Ya hemos indicado que en el artículo 770.6º. de la nueva LEC se establece que “para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio”.

Sin embargo, entendemos que éstos no rigen en toda su extensión, pues existen divergencias en el objeto de ambos procesos que suponen una diferente tramitación:

Consideramos que en este ámbito material es posible dictar medidas urgentes, mas únicamente las relativas al uso de la vivienda familiar y guarda del menor, así como medidas previas, si bien, en relación con la norma competencial se observa un alejamiento respecto del sistema de

¹⁷⁶ En el derecho francés es posible la apelación de la resolución de medidas provisionales, que se contiene en la providencia de no conciliación. GUESTIN, *Traité de droit civil*, Paris: 1991, pág. 297, pero no la casación. COURBE, *Droit de la Famille*; Paris: 1997, pág. 155. En derecho alemán, sólo son recurribles las medidas que afecten a los hijos o al uso de la vivienda, debiendo ser inmediata, según lo indicado en el parágrafo. 620 c) de la Zivilprozeßordnung

¹⁷⁷ La DA 5ª. J) de la ley 30/81, de 7 de julio excluye el recurso salvo en interés de la ley contra las resoluciones dictadas en estos procesos (h).

medidas de los procesos matrimoniales: los procesos sobre menores tienen establecida una concreta norma de competencia territorial en el artículo 769.3 distinta a la de los procesos matrimoniales¹⁷⁸, y entendemos que la especialidad competencial de medidas previas, que se refiere al tribunal del domicilio del solicitante, no es aplicable, pues no tiene justificación la excepción del fuero territorial, y, por el contrario, prima la regla competencial del art. 723.1, es decir, que el juez competente para dictar medidas previas ha de ser el que lo sea para la demanda.

Están legitimados para solicitar medidas cualquiera de los progenitores, partes del procedimiento sobre guarda y alimentos para el menor, si bien, una vez presentada la demanda, entendemos que no será precisa solicitud expresa de medidas provisionales, pues en este tipo de procesos el juez ha de buscar el interés del menor, adoptando cualquier tipo de medida que lo persiga.

Tampoco han de ser aplicables al proceso de medidas provisionales para menores la especialidad relativa a la solicitud de medidas en la contestación a la demanda, pues entendemos que ha de fijarse vista de medidas provisionales aunque el demandante no haya solicitado medidas, dado el interés existente en el beneficio del menor.

En la vista de medidas provisionales ha de oírse al menor siempre que sea mayor de doce años, pues ha de tenerse en cuenta que aunque este trámite no se encuentre expresamente recogido en el procedimiento de medidas provisionales de proceso matrimonial, en el proceso de guarda y alimentos determinar la situación del menor cobra una trascendencia especial, ya que es su único objeto.

En cuanto a la prueba, entendemos que no existe limitación a la facultad del juez para acordar las pruebas que entienda necesarias, pues

¹⁷⁸ Se establece que será competente el Juzgado de primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores, y en caso de residir éstos en distintos partidos, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor, a elección del demandante

entre las cuestiones a debatir no se encontrarán aquellas que queden bajo el poder de disposición de las partes.

Procedimiento para la adopción de otras medidas provisionales

Fuera de los procedimientos de medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores existen otros expresamente regulados aunque no en el marco de un proceso de familia, es decir, que no se trata de medidas instrumentales a un proceso en el que se determinen efectos de la ruptura familiar; los de medidas provisionales en los procedimientos de retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional del artículo 1905 de la LEC de 1881 y los de medidas provisionales en relación con los hijos de familia de los artículos 1910 y siguientes, que seguirán vigentes tras la entrada en vigor de la nueva LEC.

El resto de medidas provisionales habrán de adoptarse siguiendo los trámites generales de medidas cautelares, y pudiendo, en caso de vincularse a un procedimiento matrimonial o de menores, aparejarse su tramitación a la de las medidas provisionales a adoptar en éste, como sería el caso de la medida de alejamiento, interdicción de comunicación, prohibición de expedición de pasaporte o salida del territorio nacional del menor.

3. 3. Procedimiento para la obtención de medidas provisionales por la vía de las medidas cautelares innominadas

En el ámbito de la crisis familiar es posible adoptar medidas cautelares que no se encuentren expresamente reguladas de carácter conservativo, tales como la de prohibición de salida del territorio nacional de un menor, o de prohibición de expedición de pasaporte para el mismo, o las que tienden a proteger a las mujeres maltratadas, como pueden ser las de alejamiento o interdicción de las comunicaciones. Por otro lado, también se podrían adoptar medidas regulatorias, cuya base se encontraría en la normativa civilista, como pueden ser medidas de alimentos, uso de la vivienda, contribución a las cargas, etc., análogas a las de los procesos

matrimoniales, pero que se adoptarían en otros procesos, como aquel en el que se regularan los efectos de la separación de hecho que entablaran los cónyuges que no desean obtener un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio, o de la ruptura de la familia paramatrimonial.

Ya hemos indicado que cuando no se establezca expresamente la forma de tramitación de medidas provisionales se podrá acudir a las medidas cautelares innominadas, ya sean ex. art. 1428 de la LEC de 1881 o 727.11º. de la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

El procedimiento para la obtención de estas medidas se estructura en solicitud, audiencia del demandado, práctica de prueba y resolución.

La solicitud ha de hacerse al tribunal que conozca de la demanda principal, o que vaya a conocer de ella, como dispone el artículo 1428 de la LEC de 1881 ó el 723.1 de la nueva LEC, circunstancia que será controlada de oficio en el caso de solicitud de medidas previas (art. 725 de la LEC de 2000).

La posibilidad de dictar de oficio medidas cautelares es rechazada por la nueva LEC fuera de lo que se indique para los procesos especiales (art. 721), si bien, si se tratara de medidas tendentes a proteger al menor, no será en ningún caso precisa solicitud, pues el artículo 158 del Código civil faculta al juez para la adopción de cualquier clase de medidas.

Están legitimados para solicitarlas los que vayan a demandar o demanden, y en el primer caso las medidas quedarán sin efecto si no se presenta la demanda en los veinte días siguientes a su adopción (art. 730.2 de LEC de 2000).

A la solicitud habrá de acompañarse la prueba documental que acredite la concurrencia del peligro en la mora y la apariencia de buen derecho, y se ofrecerá la práctica de otros medios de prueba (art. 1428 LEC de 1881 y art. 732.2 de LEC de 2000).

Como norma general ha de darse audiencia al demandado, sin embargo, en la nueva LEC, de acreditarse la necesidad de adoptar las medidas sin conocimiento de éste, el tribunal lo podrá hacer, razonando

tanto la concurrencia de los presupuestos de la medida cautelar como el haberla acordado sin oír al demandado (art. 733).

Se convocará a las partes a la vista en los cinco días siguientes a la notificación de la solicitud al demandado, celebrándose en los diez días siguientes, exponiendo las partes lo que corresponda y practicándose la prueba pertinente (art. 1428 de la LEC de 1881 en cuanto a la práctica de la prueba pertinente y audiencia de las partes y art. 734 de la LEC de 2000).

Terminada la vista, el tribunal decidirá por medio de auto en los cinco días siguientes, contra el que cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos (art. 1428 de la LEC de 1881, y 735 de la LEC de 2000).

La medida cautelar acordada será ejecutable de oficio (art. 738 LEC de 2000), si bien para ello no será preciso que se haya prestado caución, dada la especialidad de la materia familiar.

4. Modificación de las medidas.

Las medidas provisionales tienen como función regular las relaciones familiares de la familia en crisis en tanto no se resuelve el pleito matrimonial en curso, y dado que regulan relaciones cambiantes, como toda resolución afectada por la cláusula *rebus sic stantibus*, es posible que hasta el momento de la resolución del pleito principal el cambio de las circunstancias familiares aconseje un cambio del contenido de las medidas.

La modificación de medidas provisionales obtenidas en procesos matrimoniales se contempla en el artículo 1893 de la LEC de 1881, si bien se ha omitido esta previsión en la LEC de 2000, en la que sí se contempla la modificabilidad provisional de medidas definitivas.

En cuanto a la posibilidad de alteración de otras medidas cautelares, son transformables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1428 de la LEC de 1881 ó el 743 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

4. 1. La modificación de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales

En cuanto a las normas que permiten la modificación de las medidas, sólo el artículo 91 C.c. en su último párrafo, refiriéndose a las medidas contenidas en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, establece que “podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”, mientras que, por otra parte, en la LEC de 1881, art. 1.893, se concreta que “las anteriores medidas podrán ser modificadas a petición de parte, basada en hechos posteriores, en el modo y forma previstos en el artículo 1.900, y quedarán sin efecto cuando termine el proceso”, lo que en principio también permite la modificación.

4. 1. 1. Modificabilidad de las medidas previas.

a) En la LEC de 1881

La DA cuarta de la ley 30/81 remite a los artículos 1.884, 1.885 y concordantes de la LEC para la regulación de las medidas previas; los dos artículos citados no contienen tramitación en sí, con lo que todo el procedimiento se regiría por lo dispuesto en los llamados “concordantes”, de modo que será necesario determinar a qué preceptos en concreto se refiere el legislador.

Si consideramos que el artículo 1.893 se encuentra entre los artículos “concordantes”, el cambio en las medidas habrá de realizarse por los trámites del art. 1900, como admite aquel precepto, siempre que se solicite por las partes y se base en hechos posteriores¹⁷⁹.

Contra la admisibilidad del trámite de modificación se puede argumentar que, puesto que la duración de las medidas previas está limitada

¹⁷⁹ En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad*,..., ob. cit., pág. 468, que sí admite la modificación de las medidas solicitadas dentro del plazo de treinta días si hubieran cambiado sustancialmente las condiciones de hecho. Así, pone como ejemplo que uno de los cónyuges conoce que el otro, a cuyo cargo se han puesto los hijos menores, proyecta sacarlos al extranjero con intención de eludir los efectos de la sentencia definitiva..

por la adopción de las medidas coetáneas, no parece aconsejable que se modifiquen las medidas previas, si bien, ante la posibilidad de que no sean sustituidas por las coetáneas, debe permitirse su transformación en caso de variación de las circunstancias¹⁸⁰.

b) En la LEC de 2000

La LEC de 2000 no contiene referencia alguna relativa a la modificación de las medidas provisionales en sí, si bien el artículo 772 previene que una vez admitida la demanda, se podrán confirmar o modificar las medidas provisionales adoptadas con anterioridad a dicha admisión. De esta manera, se prevé que se reformen o completen en un momento determinado, cuando se admite la demanda y las medidas provisionales previas pasan a ser coetáneas a la demanda, prescindiéndose de un trámite de modificación de medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda similar al que se regula en la LEC actualmente en vigor, si bien entendemos que en todo caso las medidas podrán modificarse si existe un cambio de circunstancias, o cuando se prueben circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta para su concesión, tal como se establece con carácter general para las medidas cautelares en el art. 743, lo que permite el cambio por advenimiento de hechos nuevos o de hechos o documentos anteriores que se conozcan posteriormente.

La utilización del trámite del art. 772 quedará bajo la discreción del juez, ya que, en primer lugar, no parece preciso que la modificación se solicite expresamente, aunque entendemos que esta falta de necesidad se extiende sólo a las medidas que queden bajo la disposición de los cónyuges.

¹⁸⁰ En contra de la modificación de medidas previas, CABALLERO GEA, *Procesos...*, ob. cit., pág. 314, justificándose en la existencia de un cauce específico de impugnación que excluye la utilización de estos trámites, establecidos para la modificación de las medidas acordadas en sentencia.

Por el contrario, SÁNCHEZ PEDRERO, *Derecho procesal familiar*; Madrid: 1997, pág. 151 y ss., considera que es posible la modificación si existe alteración de las circunstancias, por el cauce del artículo 1900 LEC.

Para la decisión relativa a la modificabilidad, no se prevé procedimiento alguno, pues únicamente se establece que se examinarán los autos de medidas previas, así como la demanda y la contestación a ésta, en la que entendemos que las partes pueden alegar lo que consideren pertinente, poniendo en conocimiento del órgano un cambio de circunstancias que justifique o aconseje un cambio de medidas.

Este sistema de modificación no es apropiado, ya que impide que las partes comparezcan defendiendo sus posiciones ante el juez del procedimiento principal, que, como hemos dicho anteriormente, es posible que no sea el mismo que el de las medidas previas, continuando la eficacia de unas medidas previas calificadas de coetáneas por el juez del proceso principal hasta la concesión de las medidas definitivas, eficaces desde que se dicten, por lo que la elisión de la audiencia no tendrá grave incidencia en la situación¹⁸¹.

4. 1. 2. Modificabilidad de las medidas coetáneas

a) En la LEC de 1881

Cuando, una vez obtenidas medidas provisionales, las partes entienden que no son adecuadas, por haberse alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, no se puede admitir a trámite una nueva solicitud de medidas provisionales, sino que se deberá pedir la modificación de las preexistentes.¹⁸²

En el Código civil¹⁸³ ni en la LEC de 1881 existe referencia específica sobre la posibilidad de variarlas, ya que su regulación procesal será, de

¹⁸¹ En la nueva LEC se establece la eficacia inmediata de las medidas definitivas contenidas en sentencia no firme, a diferencia del sistema actualmente vigente, en el que la modificabilidad de las medidas provisionales es precisa por la probabilidad de cambio de circunstancias durante el período de tiempo en que se alcance la firmeza de la sentencia, pues como hemos señalado es habitual no ejecutar provisionalmente los pronunciamientos de medidas, por una interpretación literal errónea del artículo 385 III LEC. y del 106 del Código civil.

¹⁸² Auto de la AP de Madrid de 15 de octubre de 1992.

¹⁸³ FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho...*, ob. cit., pág. 874 estima "deficiente la regulación del art. 106 C.c. al no prever la modificación de las medidas provisionales y su

acuerdo con la DA cuarta, la recogida en los artículos 1.896 y siguientes, excluyéndose por lo tanto el artículo 1893, que regula la modificación de las medidas.

Sin embargo, haciendo una interpretación correctora, teniendo en cuenta en primer lugar lo defectuoso de la regulación general de las medidas, en segundo lugar que las medidas previas, como hemos visto, son susceptibles de modificación, y en tercer lugar que las medidas coetáneas tendrán en principio una vigencia en mayor que las previas, suponiendo por lo tanto una más probable necesidad de reforma de las medidas por variación de las circunstancias¹⁸⁴, habremos de considerar posible la transformación de las medidas.

Gran parte de la doctrina se manifiesta a favor de la posibilidad de variar las medidas¹⁸⁵, por la inexistencia de la condición de cosa juzgada de este tipo de medidas¹⁸⁶, lo cual es viable en el derecho italiano, francés y alemán, y de hecho, en la práctica española se admite la modificación¹⁸⁷, precisamente por la larga duración del período en el que son eficaces, pero a veces por otra vía, pues en los Juzgados que no admiten la modificación de las medidas provisionales, ni la ejecución provisional de las medidas contenidas

adaptación a las circunstancias sobrevenidas durante la tramitación del procedimiento correspondiente".

¹⁸⁴ De acuerdo con las Estadísticas Judiciales de España, publicado por el INE, la duración del procedimiento matrimonial es, en un 70% de los casos, de hasta seis meses, siendo de 6 a 12 meses un 18 % y de más de 12 meses un 12 %, aproximadamente. *Estadísticas Judiciales de España*; Madrid: INE, 1995, pág. 153.

¹⁸⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas del...* ob. cit., pág. 731; MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 133; GARCÍA CANTERO, *De las medidas...*, ob. cit., pág. 470; BONET NAVARRO, *Matrimonio...*, ob. cit., pág. 1007.

¹⁸⁶ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 133, apunta esta circunstancia, que concurre incluso cuando se tratara de medidas definitivas dictadas en sentencia. Lo mismo se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6748).

¹⁸⁷ S. 10 de octubre de 1994 AP de Tarragona, de 6 de abril de 1998, AP Málaga, AC 1998/4372, o de 12 de marzo de 1993 de la AP de Álava, AC 1993/391.

en la sentencia de primera instancia, tramitan la variación de las medidas a través del recurso de reposición¹⁸⁸.

En la práctica, si se admite la ejecución provisional de la sentencia no parece necesario permitir la modificación de las medidas, puesto que hasta que se dicte la sentencia en primera instancia, no ha debido pasar mucho tiempo. Si, por lo contrario, no se admite la ejecución provisional de las medidas definitivas establecidas en la sentencia, y las provisionales son efectivas hasta la firmeza de aquélla, tendría que facilitarse la modificación de medidas, puesto que lo contrario produciría una rigidez inapropiada para este tipo de procedimientos.

En todo caso, entendemos que habrá de permitirse la modificación basada en la existencia de acuerdo entre las partes¹⁸⁹, así como la modificación de las medidas basada en un cambio de circunstancias.

b) En la LEC de 2000

La nueva Ley de enjuiciamiento civil nada prevé en lo relativo a la variabilidad de las medidas provisionales, mientras que sí se hace en relación con las medidas definitivas, lo que en principio es coherente con la concesión de eficacia inmediata a las medidas contenidas en la sentencia, que sustituirán a lo determinado como medidas provisionales.

Consideramos que, aunque ello no se indique, y tal como ocurre en general con las medidas cautelares, es posible modificar las concretas medidas siempre que exista un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, modificación que ha de ser solicitada por una o ambas partes, salvo en el caso de las medidas relativas a los menores, que pueden ser

¹⁸⁸ De acuerdo con la entrevista mantenida con Dña. Pilar González Vicente, magistrado juez del juzgado nº. 29 de Madrid, especializado en familia.

¹⁸⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, IV, derecho de familia*, (con Sancho Rebullida); Barcelona: 1984, pág. 273, indica que pese a que el art. 103 no prevé la modificación de las medidas, por el propio principio dispositivo del procedimiento se puede pensar que pueden cambiarse a instancia conjunta de las partes, ya que si las medidas definitivas pueden alterarse por nuevo convenio, con mayor razón las eventuales y temporales.

alteradas en beneficio de éstos si el tribunal tiene noticia de la necesidad de modificación.

Será posible que se reformen las medidas en cualquier instancia por cambio de las circunstancias, por consecuencia de la naturaleza cautelar de las medidas provisionales, dado que rige el principio de la inmodificabilidad mientras que la situación sea la misma, pero se permite la modificación cuando las circunstancias que sirvieron como base para la determinación de las medidas hubieran variado.

Entendemos que, en todo caso, podrán seguirse los trámites generales de modificación de medidas cautelares del artículo 743 de dicha ley, que a su vez remite al 734 y siguientes, donde se regula la vista para la obtención de las medidas provisionales, si bien serán más apropiados los trámites correspondientes a las medidas provisionales, es decir, los del artículo 771, que prevén una audiencia a las partes, al Ministerio Fiscal en caso de concernir a menores, incapacitados o ausentes, período probatorio y resolución, esto es, los establecidos para la modificación de las medidas definitivas aprobadas en un pleito anterior (art. 775.3 de la nueva LEC), o los del procedimiento de mutuo acuerdo, al que remite el art. 775, aunque de forma errónea (se remite al art. Siguiente, que versa sobre ejecución forzosa, queriéndose referirse al 777).

4. 2. La modificación provisional de medidas definitivas

Una vez obtenidas medidas definitivas y eficaces, es posible que sea precisa la modificación provisional de estas medidas, bien porque se inicie un nuevo procedimiento matrimonial, o bien porque exista un cambio de circunstancias que aconseje la modificación de las medidas definitivas.

En el sistema actual, es debatido que se puedan admitir medidas provisionales en un pleito matrimonial al que ha antecedido otro en el que se dictaron medidas definitivas. Ya hemos indicado en relación con esto que entendemos que no son admisibles las medidas provisionales por no existir un peligro en la mora, si bien, si existe un cambio de circunstancias, deben

modificarse las medidas definitivas de manera provisional, en tanto no se modifiquen por unas nuevas medidas definitivas recogidas en la sentencia¹⁹⁰, así como habrá de entrarse a conocer de la solicitud de medidas provisionales que no se encontraran reguladas en la ejecutoria¹⁹¹.

En la nueva Ley de enjuiciamiento civil se distingue la posibilidad de modificar provisionalmente las medidas definitivas, teniéndose como presupuesto la presentación de una demanda matrimonial, de la de modificación de las medidas definitivas, que no se vincula a la presentación de la demanda, no tiene carácter provisional, y que tiene como presupuesto la modificación de las circunstancias.

De esta forma, la modificación provisional de las medidas definitivas podrá solicitarse por el cónyuge demandante o demandado en un proceso matrimonial, y la petición se sustanciará conforme a lo dispuesto en el art. 773, según establece el art. 775.3.

En cuanto a la modificabilidad provisional de carácter previo, decíamos anteriormente que ello será posible únicamente en caso de existir modificación de las circunstancias, en base a lo dispuesto en el art. 775.2.

4. 3. Modificabilidad de las medidas provisionales en general

4. 3. 1. Modificación de los presupuestos de las medidas cautelares

Una vez dictada una medida, el cese de su efectividad depende de la vigencia de la medida principal o definitiva, como consecuencia de la

¹⁹⁰ LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso...*, ob. cit., pág. 294 entiende que en el sistema actual habrá de acudir a los trámites de modificación de medidas, y no de medidas provisionales, tal como ocurrirá si los cónyuges desearan modificar las medidas de mutuo acuerdo (art. 90 C.c.).

Por el contrario, ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho...*, ob. cit., pág. 36, considera "evidente que si se plantean medidas provisionales coetáneas con la demanda de divorcio, presentadas en forma legal, sin hacer consideración alguna, hay que admitirlas a trámite, y señalar día para la comparecencia de las partes", mas frente a la posibilidad de que unas nuevas medidas provisionales dejen sin efecto lo ordenado en la ejecutoria de separación, el juez tendría que denegar la petición si no hubieran variado las circunstancias.

¹⁹¹ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho...*, ob. cit., pág. 36 y 37.

característica de la instrumentalidad que ostenta¹⁹², mas existen otras ocasiones en las que, por producirse un cambio en los presupuestos de las medidas cautelares, su eficacia puede alterarse.

Ante la modificabilidad de las medidas cautelares, diferenciamos entre el cambio susceptible de producirse al variar los presupuestos de las medidas cautelares y aquella otra que sería necesaria emprender en el caso de alterarse las circunstancias de hecho tenidas en cuenta al dictar la medida cautelar.

Hemos señalado anteriormente que los presupuestos de las medidas cautelares son el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y fianza, concurriendo necesariamente además la característica esencial de la pendencia simultánea o posterior del proceso principal (instrumentalidad).

En relación con la característica de la instrumentalidad, la medida cautelar está limitada a la pendencia de un proceso principal, que, cuando finaliza, impide la eficacia de dicha medida, tal como ocurre cuando el proceso se sobresee o no se inicia, cual es el caso del demandante de medidas previas que no presenta en tiempo la demanda principal¹⁹³.

CALAMANDREI considera que cuando se dicte la medida principal la medida cautelar perderá automáticamente su eficacia, sin necesidad de un pronunciamiento que la revoque, es decir, que la producción de la resolución principal funciona como causa extintiva de los efectos de la medida cautelar, pues la relación entre la medida cautelar y la definitiva es una relación a término (*dies certus an, incertus quando*)¹⁹⁴, sin embargo,

¹⁹² CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. Sentis Melendo de la tercera edición italiana); Buenos Aires (Argentina): 1945, pág. 91, indica que la extinción ipso iure de los efectos de la medida cautelar cuando se dicta la medida principal es una consecuencia típica de la instrumentalidad de las medidas cautelares.

¹⁹³ Estamos de acuerdo con SERRA, *Las medidas cautelares ...*, ob. cit., pág. 103 y 104, que considera que para el caso haberse solicitado medidas cautelares previas a la demanda y no presentarse ésta de forma temporánea, las medidas quedarán sin efecto *ipso iure*, sin necesidad de declaración alguna, y equipara a este supuesto el de presentación de la demanda de forma temporánea, pero que es inadmitida, *por aplicación del principio general de admisión de las demandas que rige nuestro proceso civil*.

¹⁹⁴ CALAMANDREI, *Introducción al estudio*, ob. cit., pág. 92 y 94.

consideramos que en algunos casos la simple emanación de la resolución principal no puede privar de eficacia a las medidas cautelares, pues en numerosas ocasiones el proceso seguirá pendiente, si bien en otra instancia judicial, y los presupuestos de las medidas cautelares pueden seguir invariables, si no se han reforzado.

De esta manera, habrá que observar en cada caso la ausencia de alguno de los presupuestos de las medidas, y su posible eficacia o ineficacia, así como la forma de producción de ésta última, es decir, si esa ineficacia se produce *ipso iure* o si bien es preciso un pronunciamiento judicial en este sentido.

La medida cautelar ha de ser sustituida en el tiempo por lo contenido en la medida definitiva, cuando tenga carácter ejecutivo, del cual gozará si el proceso no está pendiente en ninguna instancia, o bien cuando se decrete su ejecutividad provisional.

Las resoluciones principales pueden ser firmes y no firmes; no existe problema en el caso de la resolución firme, que sustituye desde su eficacia a la medida cautelar¹⁹⁵, sin embargo, es cuestionable si al dictarse sentencia de carácter no firme la medida cautelar debe ser sustituida por lo contenido en dicha sentencia, ya que es posible que la relación de instrumentalidad de la medida cautelar respecto del proceso siga produciéndose, por recurrirse la resolución principal.

Entendemos que cuando no concurra la característica de la instrumentalidad, la medida no sería eficaz por faltar un elemento esencial de su naturaleza, de forma automática, mientras que por el contrario, cuando el presupuesto que deje de concurrir sea el del peligro en la mora o la apariencia de buen derecho, la medida devendrá ineficaz únicamente tras

¹⁹⁵ En este sentido, la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil recoge en su artículo 745 el alzamiento de oficio de la medida cautelar cuando la sentencia absolutoria sea firme, así como en los casos de renuncia a la acción o desestimiento de la instancia, y en el 731 se indica que cuando la sentencia sea condenatoria, se mantendrán hasta que transcurra el plazo al que se refiere el artículo 548 (veinte días tras la comunicación al ejecutado), tras el cual se alzarán de no solicitarse la ejecución.

la comprobación por parte del juez de la falta de concurrencia de alguno de los elementos y el dictado de la resolución correspondiente dejándola sin eficacia.¹⁹⁶

Respecto a lo recogido en la resolución principal no firme, pueden darse dos situaciones: que otorgue la protección al beneficiario de la medida cautelar dictada anteriormente, o todo lo contrario, que dicha resolución fuera contraria a los intereses del solicitante de la medida cautelar.

En relación con el primero de los casos, la medida cautelar seguiría subsistente, ya que su *fumus boni iuris* ha quedado reforzado, salvo en la circunstancia de que se ejecute provisionalmente la resolución principal, convirtiéndose la medida cautelar en definitiva, supuesto especial de modificación de la medida cautelar, de acuerdo con SERRA, mas únicamente cuando la sentencia ejecutable provisionalmente afecte directamente a la medida cautelar, sustituyéndola.

En lo que la ejecución provisional de la resolución principal no la afecte, la medida cautelar seguirá vigente, puesto que la medida definitiva todavía no habrá desplegado su eficacia¹⁹⁷, y lo mismo como ocurre cuando la resolución no sea firme ni ejecutable provisionalmente, ya que su *fumus boni iuris* se ha visto reforzado por una resolución principal protegiendo los intereses del solicitante de la medida¹⁹⁸.

En el segundo caso, es decir, cuando la resolución principal sea contraria a los intereses del solicitante de la medida cautelar, no existe problema si se ejecuta provisionalmente la medida principal favorable al demandado y contraria a la resolución cautelar, ya que dicha medida

¹⁹⁶ La renuncia por parte del solicitante de la medida cautelar a ésta, equiparable a la ausencia de *fumus boni iuris*, sin renunciar a la pretensión principal, supondría también la extinción de la medida a través de resolución del tribunal, tras tenerse en cuenta la renuncia, y siempre en el caso de que el demandante pudiera disponer del derecho en cuestión. SERRA, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 105.

¹⁹⁷ SERRA, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 108.

¹⁹⁸ La ley 1/2000 de enjuiciamiento civil regula, en su artículo 731.2, que “cuando se despache la ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubieren acordado y que guarden relación con dicha ejecución”.

cautelar se extinguirá, sin embargo, si surge conflicto en el supuesto de protección contradictoria de la medida cautelar y la resolución principal no firme, que no despliega su eficacia.

En esta situación, la extinción del *fumus boni iuris* debería implicar la ineficacia de la medida cautelar, pues ya no existe una apariencia de derecho, ya que la resolución judicial favorece a la parte que soportó la medida cautelar, sin embargo, señala SERRA, debido a los preceptos que señalan lo contrario, el art. 1893 LEC y el 46 del Reglamento de Hipoteca Mobiliaria, en la práctica se ha acabado considerando que la medida cautelar sólo será sustituida por la medida principal o ejecutiva contenida en la sentencia firme¹⁹⁹.

Por el contrario, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, artículo 744, titulado “alzamiento de la medida tras sentencia no firme”, se dispone que, absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite el mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta, caso en el que el juez decidirá, atendidas las circunstancias y previo aumento de la caución, con lo que se está despojando de eficacia a la medida cautelar por no concurrir el elemento del *fumus boni iuris*, si bien se posibilita el mantenimiento de la medida, imaginamos para aquellos casos en los que el levantamiento produjera una absoluta irreversibilidad de la situación, caso en el que la apariencia de derecho cedería a la gran magnitud del *periculum*, pasando por aumentar el importe de la fianza o incluso la adopción de medidas *ex novo*.

En el apartado segundo del mismo artículo, además de recogerse la posibilidad de alzamiento o mantenimiento de la medida si la estimación de la demanda fuere parcial, se establece la posibilidad de modificación de las

¹⁹⁹ SERRA, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 108. No estamos de acuerdo con la interpretación de que el art. 1893 tenga carácter general, ya que pertenece a la sección de la LEC dedicado a las medidas provisionales susceptibles de adoptarse en los procesos matrimoniales, y además consideramos que la frase “quedarán sin efecto cuando termine el proceso” podría también considerarse referente a la finalización de la instancia.



medidas acordadas, casos en los que el *fumus boni iuris* se ve modificado, favoreciendo a ambas partes.

4. 3. 2. Modificación de las circunstancias tenidas en cuenta

Las medidas cautelares son modificables por definición: dado que nacen para proteger situaciones de derecho durante un período intermedio, en el que las circunstancias concretas tenidas en cuenta pueden variar, y puesto que dan vida a una relación continuada, de acuerdo con CALAMANDREI, *se pueden considerar como emanadas con la cláusula rebus sic stantibus*, y por lo tanto modificarse tantas veces fuera necesario, es decir, cuando las circunstancias así lo aconsejaren²⁰⁰.

La modificación de la situación de eficacia de la medida, susceptible de producirse en el caso de modificación de los presupuestos procesales para la obtención de la medida cautelar, se diferenciaría de la variación de la situación de hecho tenida en cuenta para concretar el contenido de cada medida, que debería suponer la correlativa modificación del contenido de la medida.

Dicha modificación es perfectamente compatible con la característica de cosa juzgada de las medidas, pues como bien han señalado CALAMANDREI, FAIRÉN y SERRA, al igual que las resoluciones dictadas con la cláusula *rebus sic stantibus*, se trata de medidas que se pronuncian sobre situaciones en movimiento y transformación²⁰¹.

²⁰⁰ CALAMANDREI, *Introducción al estudio...*, ob. cit., pág. 89 y 90, señala que *no contienen la declaración de certeza de una relación extinguida en el pasado y destinada, por esto, a permanecer a través de la cosa juzgada, estáticamente fijada para siempre, sino que constituyen, para proyectarla en el porvenir, una relación jurídica nueva, destinada a vivir y por tanto a transformarse si la dinámica de la vida lo exige*, y MONTERO, *El nuevo proceso...*, ob. cit., pág. 541, indica que precisamente por la relación de instrumentalidad de las medidas cautelares con el proceso, del que tiende a garantizar sus resultados, las medidas que en él se adoptan deben acomodarse a las circunstancias, con arreglo al principio *rebus sic stantibus*, y así se concreta en el art. 726.2 de la nueva LEC.

²⁰¹ SERRA, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 33.

Indica SERRA que en nuestro derecho no se regula expresamente la modificación de las medidas cautelares, salvo en lo relativo a las medidas provisionales adoptables en el ámbito de los procesos matrimoniales, mas que, al ser variables los presupuestos de las medidas cautelares durante toda la duración del proceso, *la medida cautelar es susceptible de modificación a lo largo del proceso principal*²⁰².

Sin embargo, por el contrario, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil se contempla la modificación en aquellas situaciones en las que las circunstancias no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión, de acuerdo con el artículo 743, lo que entendemos permite admitir la modificación por cambio sobrevenido de las circunstancias, mientras que la ley no regula la posibilidad de modificación de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores, salvo para el caso de que se hubieran dictado medidas previas.

Entendemos que en todo caso debe admitirse la modificación por cambiar las circunstancias que se tuvieron en cuenta, pues la medida cautelar debe adaptarse a la realidad que conserva o modifica, con el fin de procurar la ejecución, y no puede exigirse la inmutabilidad de las medidas, pues es un elemento que “tropieza con las características, la naturaleza, de este proceso”²⁰³. Como señala FONT SERRA, la variabilidad y revocabilidad de la tutela cautelar son consecuencia de que cuando algo no va a ser definitivo, puede ser variable y revocable²⁰⁴.

²⁰² Concreta que la modificación se operaría como incidente formulado en la pieza separada abierta para la medida cautelar. SERRA, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pág. 107 y ss.

²⁰³ CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*; Madrid: 1992, pág. 262.

²⁰⁴ FONT SERRA, *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva, El sistema de medidas cautelares, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal* (colectivo); Pamplona: 1974, pág. 145. RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares en el derecho civil...*, ob. cit., pág. 81, apunta que “la revocación de las medidas cautelares se deriva de su necesaria adaptación a la situación cautelada, puesta de manifiesto en la relatividad de sus presupuestos cautelares”.

En este sentido, en el ATC 201/1992, de 1 de junio, se indica que la medida cautelar “*como tal, aunque ejecutiva, es provisional y modificable en cualquier momento mientras se esté sustanciando el pleito principal. Estas medidas se adoptan teniendo en cuenta las circunstancias fácticas que rodean un pleito, y son, en consecuencia, modificables siempre que el Tribunal que está juzgando el pleito entienda que se ha producido un cambio en las referidas circunstancias que lo hagan aconsejable o necesario*”.

4. 3. 3. Procedimiento

a) Presupuestos

La idea del cambio de circunstancias necesario para la modificación de las medidas, “basada en hechos posteriores”, según el artículo 1893 LEC, estimamos que puede interpretarse como un cambio de circunstancias también de hechos anteriores no conocidos previamente por las partes o el juez²⁰⁵, interpretación seguida por la jurisprudencia italiana que ha desembocado en su plasmación legal²⁰⁶, así como por la francesa, que amplía la significación de la sobreveniencia de un hecho a la nueva revelación de un hecho anterior²⁰⁷, y en este sentido, parece que el artículo 743 recoge esta idea al disponer que “las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y

²⁰⁵ Señala ORTELLS RAMOS, «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1991-1996)»; *Tribunales de Justicia*, 1997, nº. 6, pág. 635, que el contenido del ATC 201/1992 permite considerar que el TC es tolerante con las posibilidades de variación de las medidas, es decir, que deja al arbitrio del juez la determinación de que la novedad radique en hechos nuevos, hechos no aducidos antes o nuevos medios de prueba.

²⁰⁶ RAGOZZINO y GUERRERI, *Separazione e divorzio*. Milan (Italia): 1993, pág. 40 y 41.

²⁰⁷ SOLUS y PERROT, *Droit judiciaire...*, ob. cit., pág. 334: el juez de asuntos familiares puede modificar o completar las medidas provisionales que ha ordenado previamente, potestad supeditada a la sobreveniencia de un hecho nuevo, condición que la jurisprudencia extiende a la revelación de un hecho anterior desconocido.

En cuanto a la regulación portuguesa, la falta de desarrollo del procedimiento y la consecuente concesión de discrecionalidad al juez, permiten que éste modifique las medidas cuando considere oportuno, de acuerdo con el artículo 1407.7 del Código de processo civil.

probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas”.

b) Solicitud

A diferencia de la solicitud de medidas, que no es preceptiva, la solicitud de modificación sí lo es porque el tribunal puede tener la carga de dictar las medidas una vez se le soliciten, mas no de modificarlas. Ello sólo lo hará cuando se le solicite y pruebe su necesidad, o cuando, tratándose de medidas que afecten a los menores, tenga conocimiento de un cambio de circunstancias, a través del Ministerio Fiscal, el propio hijo o cualquier pariente, de entidad que aconseje una transformación de las medidas, precisamente gracias a la potestad otorgada en el artículo 158 del Código civil, de adoptar todo tipo de medidas conducentes a proteger los intereses de los menores en el ámbito de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria.

La práctica forense ha ampliado aún más esta facultad, consistente en principio en posibilitar la adopción de medidas protectoras de menores en toda clase de procesos, entendiéndose que permite la adopción de cualquier tipo de medida protectora en cualquier etapa procesal, sin necesidad de solicitud de parte, con lo que la modificación de medidas en interés del menor podrá hacerse en cualquier momento.

c) Competencia

Entendemos que, de ser vigentes las medidas provisionales mientras el pleito se sustancia en la segunda instancia, debe ser posible la modificación en dicha instancia, pues la existencia de las medidas provisionales se justifica en adaptarse a las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su concesión por el juez, pudiéndose solicitar la modificación cuando dichas circunstancias variaran, y que, con el fin de evitar la múltiple variedad procedimental que se produce en el territorio nacional, sería apropiado establecer expresamente la modificabilidad y los trámites adecuados para llevarla a cabo, a petición de

las partes o de oficio por el juez para el caso de medidas afectantes a los descendientes, incluso, en este último caso, aunque la situación no haya cambiado, como ocurre en el derecho italiano²⁰⁸ o alemán²⁰⁹.

d) Sustanciación

La modificación de las medidas habrá de sustanciarse por los mismos trámites que se siguieron para su adopción, dando audiencia a las partes y desarrollándose la actividad probatoria correspondiente.

²⁰⁸ El juez instructor, que dirige la segunda fase del proceso, puede modificar las medidas tomadas en la primera fase por el presidente cuantas veces y en el momento que quiera, incluso sin necesidad de que varíen las circunstancias familiares, posibilidad introducida por la ley del divorcio en su art. 4. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio...*, ob. cit., pág. 51 y 52. RAGOZZINO y GUERRERI, *Separazione...*, ob. cit., pág. 40 y 41.

²⁰⁹ El artículo 620 b) de la Zivilprozeßordnung no pone límites a la modificación de medidas; se podrán modificar a instancia de parte o de oficio por el juez, en este último caso, si afecta a los hijos, y será necesaria una vista para que sea válida la modificación.

Capítulo VII: Eficacia

1. Eficacia de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores
 - 1.1. Eficacia inmediata de las medidas provisionales
 - 1.2. Límites temporales de las medidas provisionales
 - 1.2.1. Límites temporales de las medidas previas
 - a) Momento inicial de contabilización del plazo de treinta días
 - b) Forma de contabilización de los treinta días
 - c) Necesidad de la acreditación de la presentación de la demanda
 - d) Prorrogabilidad del plazo
 - e) Ineficacia de las medidas previas por no presentación temporánea de la demanda
 - 1.2.2. Límites temporales de las medidas coetáneas
 - 1.2.2.1. Sustitución de las medidas previas por coetáneas
 - 1.2.2.2. Sustitución de medidas provisionales por las definitivas
 - a) La sustitución formal de las medidas: la sentencia
 - b) La sustitución material de las medidas.
2. Eficacia de las medidas provisionales en general
 - 2.1. Eficacia inmediata
 - 2.2. Falta de presentación temporánea de la demanda
 - 2.3. Finalización del procedimiento principal
 - 2.4. La sustitución de las medidas provisionales por las definitivas
3. Ejecución forzosa de las medidas provisionales
 - 3.1. La ejecución en materia de familia
 - 3.2. Especialidades de ejecución de medidas concretas
 - 3.2.1. Ejecución de la medida de guarda
 - 3.2.2. Ejecución del régimen de visitas
 - a) Incumplimiento del padre titular de la guarda
 - b) Incumplimiento por el progenitor beneficiario del derecho de visita

3.2.3. Uso de la vivienda familiar

3.2.4. Contribución a las cargas

3.3. Medidas de aseguramiento de la ejecución

- Las medidas de aseguramiento típicas
- El recurso al proceso penal
- Introducción de nuevas medidas de aseguramiento

CAPITULO VII: EFICACIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

1. Eficacia de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores.

Uno de los problemas que presenta el derecho que regula las relaciones matrimoniales en situación de crisis es la determinación de la eficacia de los distintos pronunciamientos que antes y durante el proceso matrimonial norman las relaciones de los miembros de la familia.

La efectividad de las medidas provisionales viene configurada por su ejecutabilidad inmediata, así como por la relación con las definitivas en cuanto a su vigencia, es decir, que su eficacia viene limitada por la otorgada a las medidas definitivas, que habrán de sustituirlas.

1. 1. Eficacia inmediata de las medidas provisionales

Se distingan o no dos clases de medidas provisionales, tal como se ha venido haciendo por la doctrina y por la DA 4ª. de la ley 30/81 de 7 de julio según el momento en el que se dicten, las medidas provisionales que se otorgan en los procesos matrimoniales (y de menores, una vez entre en vigor la nueva LEC), son inmediatamente eficaces, para así cumplir con su función de provisión en una situación de interinidad; lo contrario las vaciaría de contenido.

La razón de que sean inmediatamente eficaces deriva de la naturaleza instrumental de las medidas, por lo que la diferenciación entre medidas previas y coetáneas a estos efectos no tiene trascendencia, pues ambos tipos de medidas son efectivos aún en el caso de que se recurran.

En este sentido, en la LEC de 1881 se establece la eficacia inmediata de las medidas provisionales, pues aún en el caso de que fueran susceptibles

de recurso¹, su eficacia no se suspendería², y de lo recogido en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se infiere que la eficacia de las medidas provisionales previas a la demanda, sean urgentes³ o no, es directa, puesto que no se dará recurso contra los autos que las determinen (art. 771.4), al igual que ocurre con las medidas que se concedan con posterioridad a la presentación de la demanda, según se establece en los artículos 771.4, 772.2 y 773.4⁴.

Por otra parte, es cuestionable el momento desde el que las obligaciones que se ordenan en los autos de medidas son exigibles, lo cual tiene trascendencia sobre todo para determinar el momento desde el cual son exigibles las medidas de contenido patrimonial y de tracto sucesivo, tales como la de contribución a las cargas (o de alimentos, si bien su establecimiento en sede de medidas provisionales es incorrecto), es decir, que, una vez dictado el auto correspondiente, las cantidades son exigibles desde su solicitud, su concesión o la notificación al demandado.

¹ En cuanto a las medidas previas se puede abogar por la inaplicabilidad de las normas de recursos a este tipo de decisiones, por la urgencia que afecta a la solicitud de medidas y a la posibilidad de ulterior análisis de la cuestión, como hace CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales*, (Montero Aroca dir.); Valencia: 1997, pág. 870 y 871, añadiendo el argumento de la irrecurribilidad de las medidas coetáneas.

² De entenderse que sí son aplicables las normas de recursos el resultado sería el mismo, pues pese a que se recurran su eficacia no se suspende: al tratarse de autos dictados por el juez de primera instancia, serán ejecutivos inmediatamente, ya que, de acuerdo con el artículo 380 de la LEC, el recurso de reposición que se interpusiera contra el auto de medidas provisionales no impediría la eficacia (art. 380 LEC), pues dicho recurso nunca produce el efecto suspensivo. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil*, (con Moreno Catena y Gimeno), pág. 341, y en cuanto a las medidas coetáneas, los recursos contra el auto que las contenga no suspenderán tampoco dicha eficacia. De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1900 de la LEC, el auto de medidas no es recurrible, si bien se podrá formular oposición, "sin que en ningún caso pueda paralizarse la ejecución". Autos de la AP de Madrid de 13 de noviembre de 1992, de 15 de enero de 1993, y de 15 de octubre de 1992. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*; Madrid: 1994, pág. 341 y 342. Véase el apartado correspondiente a recursos en el capítulo VI.

³ Las medidas provisionales de urgencia francesas no pueden ser objeto de recurso (art. 1107 NCPC).

⁴ En cuanto a las "provvedimenti presidenziali" italianas, que podemos asimilar a las medidas coetáneas del derecho español, también son inmediatamente ejecutivas RAGOZZINO y GUERRERI, *Separazione e divorzio*; Milán: 1993, pág. 42.

Entendemos que el auto de medidas será ejecutable desde el momento de la notificación⁵, posibilitando así el cumplimiento voluntario de la resolución, si bien deberá tener efectos desde la fecha en que haya sido dictado⁶, mas no desde la solicitud, a falta de normativa expresa que indique su exigibilidad desde la presentación de la demanda, a diferencia de lo ordenado en relación con el juicio de alimentos provisionales.

1. 2. Límites temporales de las medidas provisionales.

De acuerdo con su función, y su mismo nombre, sabemos que las medidas provisionales tienen una duración acotada, es decir, que en ningún caso podrán ser efectivas ilimitadamente.

Dado que las medidas provisionales pueden adoptarse en momentos distintos del proceso —con anterioridad a la presentación de la demanda, durante el proceso principal, y las definitivas en la sentencia que finalice la primera instancia, y en ejecución de sentencia— se plantea la cuestión de determinar desde qué momento y hasta cuando pueden solicitarse las medidas provisionales, la sustitución de unas por otras, y los límites temporales de su efectividad, siguiendo la clasificación tradicional de medidas previas, coetáneas y definitivas.

⁵ RICH OLIVA, *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, pág. 94.

Sin embargo, PÉREZ MARTÍN, *La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*; Valladolid: 1994, pág. 33, entiende que en aplicación del art. 18 LOPJ la resolución es firme y produce efectos desde la fecha del auto de medidas, siendo susceptible de ser ejecutada desde ese día, y que, ante el frecuente desconocimiento del domicilio del demandado, no puede dilatarse la efectividad de las medidas en espera de localizar al individuo, el cual podría evitar la acción de la justicia cambiando constantemente de domicilio, así como LÓPEZ-MUÑIZ, *La ejecución de sentencias en materia matrimonial*; Madrid: 1997, pág. 153, también apunta la ejecutoriedad de las medidas provisionales desde la fecha del auto de medidas.

⁶ En este sentido, SÁNCHEZ PEDRERO, *Derecho procesal familiar*; Madrid: 1997, pág. 149.



1. 2. 1. Límites temporales de las medidas previas

Existen dos preceptos que indican límites temporales a la vigencia de las medidas previas; el artículo 104 II del Código civil y el 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, o el 771.5 de la LEC de 2000.

Según lo preceptuado en el art. 104. II C.c., las medidas previas subsistirán sólo si, "dentro de los treinta días siguientes a contar de que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el juez o Tribunal competente". Por su parte, el art. 1885 LEC, al que remite la DA 4ª, establece que "Tales medidas quedarán sin efecto si en el plazo de treinta días, a contar desde la separación efectiva, no se acredita la interposición de la demanda o en cuanto se justifique su inadmisión. Dicho plazo podrá ampliarse por otro igual si se acreditase a satisfacción del juez que por causa no imputable a la mujer ha sido imposible intentar la demanda".

Encontramos entonces que estos dos artículos se contradicen en cuanto al momento inicial de contabilización del plazo de separación, la forma de contabilización de éste, la necesidad de acreditación o no de la interposición de la demanda y la posibilidad de prórroga del plazo en el que dicha demanda ha de presentarse, puntos resueltos en el nuevo sistema de la LEC de 2000, excepto en lo relativo a la necesidad de acreditación de interposición de demanda.

a) Momento inicial de contabilización del plazo de treinta días

En cuanto al primer punto de discordancia, la contabilización del plazo de subsistencia de las medidas previas, de treinta días a partir del día siguiente al que fueron adoptados los efectos y medidas según el art. 104 C.c., y desde la separación efectiva según el 1.885 LEC de 1881, habrá que seguirse para resolverlo la indicación del artículo 104. II del Código Civil en cuanto al *dies a quo*, esto es, desde que se adoptaran inicialmente los efectos y medidas, pues lo regulado en este artículo tiene su origen en la ley 30/81 de 7 de julio, mientras que el artículo 1885 LEC, aunque haya sido modificado en 1984, guarda una redacción de 1958.

Concretamente, el cómputo habrá de hacerse desde el día siguiente al de la notificación al actor, de acuerdo con la opinión de VEGA SALA, que considera injusto "*interpretar el "inicialmente" como refiriéndose a la fecha de adopción de las medidas, prescindiendo de la fecha de la notificación de la resolución al instante o actor, no sólo por la indefensión en que pudiera dejar al actor, sino porque el cómputo del tiempo debe hacerse desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, de acuerdo con el artículo 303 LEC*"⁷.

Sin embargo, ESPINOSA LOZANO entiende que al haberse modificado la LEC por la Ley 34/84 de 6 de agosto, y no variarse lo relativo a estos plazos vuelve a establecerse el inicio del cómputo desde la separación efectiva de los cónyuges⁸, interpretación que consideramos incorrecta, ya que el que el legislador haya olvidado adaptar este y muchos artículos de la LEC no significa que otorgue de nuevo validez a las normas consideradas obsoletas; así, éste ha omitido modificar referencias a la mujer casada, o artículos como el 1882 en que se regula el depósito de ésta en el domicilio paterno, etc., y ello no puede significar que estas referencias sean vigentes en la actualidad.

En la nueva LEC esta cuestión se ha solucionado, recogándose una preceptuación más acorde con lo normado en el Código civil, fijándose el mismo plazo que el artículo 104 del C.c.; así, en el artículo 771.5 se hace referencia a los treinta días siguientes a la adopción de las medidas provisionales, y en el 133.1 se establece que los plazos comienzan a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación.

⁷ VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*. Barcelona: 1982, pág. 202.

En el mismo sentido, SAURA, «De los efectos y medidas "provisionalísimos" en la ley 30/81», en *Justicia* 82, pág. 73, y LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*. Madrid: 1994, pág. 70.

⁸ ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales en derecho de familia*. Barcelona: 1991, pág. 30.

b) Forma de contabilización de los treinta días

Para calcular el período en el que es posible presentar la demanda a efectos de que las medidas previas adoptadas sigan vigentes, habrán de tenerse en cuenta, a partir de la fecha de la resolución judicial acordando las medidas⁹, los días hábiles que sumen treinta días, de acuerdo con el art. 304 LEC, como señala MUÑOZ SABATÉ¹⁰, en contra de opiniones como la de PEDRAZ PENALVA, el cual argumenta que al pertenecer las medidas provisionales al ámbito de la jurisdicción voluntaria, es aplicable el art. 1812 de la LEC, que apunta que para las actuaciones de jurisdicción voluntaria todos los días son hábiles¹¹.

Como consideramos que las medidas no pertenecen a la jurisdicción voluntaria¹², entendemos que el citado artículo 1812 LEC no es susceptible de regular este punto, y que por el contrario es aplicable el artículo 304 de la LEC, situado en el Libro I de ésta, disposición por tanto común a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria, consideración que ha venido a confirmar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en la que se regulan los procesos matrimoniales como especiales, incluidos en la jurisdicción contenciosa, y en la que se establece en el art. 133.2 que para el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles.

⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*, (con Bercovitz, Amorós *et alii*); Madrid, 1984, pág. 737.

¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso matrimonial*; Barcelona: 1981, pág. 129: "Para la liquidación del plazo pienso que deben contarse solamente los días hábiles, pues, conforme señala el artículo 304 LEC, en ningún término señalado por días se contarán aquellos en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales. Puesto que el determinante de la subsistencia de las medidas es la presentación de la demanda principal, resulta evidente que esta última sólo puede presentarse en día hábil, con lo cual sería una injusticia que se contabilizaran los días en que la propia Ley impide a la parte cumplir con el requisito que aquélla le exige".

¹¹ PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas medidas provisionales en los procesos matrimoniales en Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: 1992, pág. 132.

¹² Ver apartado correspondiente a la naturaleza del procedimiento en el Capítulo II.

c) Necesidad de acreditación de la presentación de la demanda

Mientras que en el art. 1885 de la LEC de 1881 se preceptúa la necesidad de acreditar la interposición de demanda para que las medidas no queden sin efecto, en el art. 104 sólo existe referencia a la presentación de la demanda, y nada respecto a la acreditación de ello, al igual que ocurre en la nueva LEC.

Consideramos, como FOSSAR BENLLOCH, que no es preciso acreditar la interposición de la demanda, sino sólo presentarla¹³, criterio escogido por el Código civil, posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque al exigir menos requisitos para ser amparado por las medidas previas, aporta una mayor protección a las situaciones de crisis matrimonial, aunque encontramos en la práctica que determinados Juzgados exigen dicha presentación¹⁴.

Como señalábamos, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que sólo subsistirán las medidas si en el plazo de treinta días desde su adopción se presenta la demanda (art. 771.5), mas nada se preceptúa respecto a la necesidad de probar la presentación de la demanda principal ante la posibilidad de solicitarse las medidas ante el órgano que no sea competente para conocer de la demanda principal. Ha de tenerse en cuenta que las medidas previas pueden dictarse por un tribunal diferente del que conocerá la demanda principal, bien porque ambas solicitudes se presenten en distintos partidos judiciales, o bien, porque aunque se haya hecho en el mismo, por las

¹³ FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de derecho de familia. La separación y el divorcio en el derecho español vigente*; Barcelona: 1982, pág. 500. En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*; Barcelona: 1999, pág. 119.

¹⁴ En los documentos informatizados para los Juzgados de Primera Instancia se recoge el modelo de la diligencia en que se hace constar el transcurso del plazo de treinta días sin que la parte solicitante haya justificado haber presentado la demanda, requiriéndose a dicha parte para que realice tal justificación en el plazo de tres días, que de no hacerse produciría la caducidad de las medidas. *Colección de Documentos Informatizados, Juzgados de Primera Instancia*, Vol. IX, modelo 22080370; Vitoria: Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco, 1998.

normas de reparto las cuestiones no correspondan al mismo juzgado, al no producir las medidas previas efectos de antecedente¹⁵.

En el artículo 772, relativo a la confirmación o modificación de las medidas previas al admitirse la demanda, sólo se establece que habrá de solicitarse el correspondiente testimonio al juez de las medidas urgentes si no coincide con el competente para conocer de la demanda, que habrá de ser solicitado por el juez de la demanda principal, ya que no se establece quién ha de hacerlo, y este testimonio puede llegar al juez de las medidas previas una vez haya transcurrido el plazo de treinta días, con lo que la cuestión de la delimitación de la vigencia de las medidas previas seguirá existiendo.

Por lo tanto, la parte interesada, para garantizar su situación y agilizar el proceso, habrá de presentar copia o testimonio de la presentación de la demanda al juez que conoció de las medidas previas, con el fin de evitar que declare suspendida la eficacia de las medidas si la comunicación entre los Juzgados no es inmediata, y entendemos que esta comunicación podrá realizarse a través de medios como el fax, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 162.

d) Prorrogabilidad del plazo

En relación con el último punto de discrepancia, parte de la doctrina entiende que conforme al art. 1885 LEC el plazo es prorrogable por 30 días más¹⁶, sin embargo, entendemos que se trata de un plazo improrrogable, de

¹⁵ Así ocurre en las normas de reparto de Madrid (regla 4ª. IV), mientras que en las normas de reparto de Barcelona en vigor desde noviembre de 1999 las medidas previas sí causan antecedente (punto 18 de la base 11ª.)

¹⁶ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 130, PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre...*, ob. cit., pág. 132, DE LOS MOZOS, *Matrimonio y divorcio: Comentarios al nuevo título IV del Código civil*; (Lacruz Berdejo coord.); Madrid: 1982, pág. 899 y 900, CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales: causas, hijos, pensiones, alimentos...*; Síntesis y ordenación de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado: formularios; Madrid: 1994, pág. 302, VEGA SALA, *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Barcelona: 1982, pág. 200 y ss., SAURA, *De los efectos...*, ob. cit., pág. 73, LÓPEZ-MUÑIZ, *El procedimiento contencioso...*, ob. cit., pág. 70, BARRILERO YARROZ, *Las medidas provisionales en la redacción actual del Código civil: principales aspectos innovadores de la reforma de la ley de 7 de julio de 1981 en Los Juzgados de familia y los procesos*

acuerdo con lo establecido en el art. 104 C.c.¹⁷, si bien en caso de fuerza mayor apreciada específicamente por el juez, podría prorrogarse el plazo¹⁸. Esta ha sido además la posición recogida en el art. 771.5 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que además se establece en el art. 134 la improrrogabilidad de los plazos establecidos en la ley, que se podrán interrumpir por fuerza mayor.

e) Ineficacia de las medidas previas por no presentación temporánea de la demanda

Si se dejara transcurrir el plazo sin presentar la demanda correspondiente, de acuerdo con el artículo 104. II, las medidas y efectos acordados dejarán de subsistir. Nos planteamos si esta pérdida de eficacia depende de una declaración expresa del juez como establecen las normas procesales en el artículo 1894 en relación con el 1893 LEC, frente al silencio de la LEC de 2000, o si por el contrario esta falta de efectividad se produce *ope legis*.

La falta de presentación temporánea de la demanda en caso de haberse concedido las medidas previas del artículo 104 del Código civil produciría la ausencia sobrevenida de la característica de la instrumentalidad, esencial para la eficacia de las medidas, impidiéndose la eficacia de las medidas provisionales, entendemos, de forma automática.

matrimoniales diez años después (1981-1991): resultados y experiencias, pág. 119, RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas...*, ob. cit., pág. 738 y VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Granada: 1995, pág. 81.

¹⁷ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo II*, (Albaladejo coor.); Madrid: 1982, pág. 467, indica que el hecho de que el legislador no haya tratado el tema en la ley procesal parece inducir que su naturaleza es sustantiva, por lo que no habría prórroga. Aún así, señala que de considerarse subsistente la norma del 1885. II, procedería si se justificara satisfactoriamente la causa no imputable al solicitante tal como se regula en dicho artículo.

¹⁸ VALCARCE LÓPEZ, «El Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, IV, 1998, pág. 45.

MUÑOZ SABATÉ estima que es necesario que el juez acuerde expresamente dejar sin efectos todas las medidas adoptadas¹⁹, así como SANZ VIOLA, que indica que es necesaria para evitar la continuación de una situación de hecho que aparentemente pudiera aparecer amparada por los Tribunales, cuando realmente no debiera ser así²⁰.

Entendemos que hay que distinguir el momento en el que las medidas en general dejan de ser eficaces formalmente de aquel otro que marca el fin de la exigibilidad del cumplimiento de medidas de contenido patrimonial de *tracto* sucesivo.

En caso de no presentación temporánea de la demanda, las medidas han de decaer por faltar un presupuesto esencial para su existencia, siendo por lo tanto inexigibles desde dicho momento, si bien, para la mayoría de los casos, se precisará de un pronunciamiento judicial para el levantamiento de las medidas, lo que no obsta a que no sean exigibles, tal como ocurriría con la medida de contribución a las cargas, que establece una obligación de pago periódico.

Así, para el levantamiento de medidas aseguratorias tales como las medidas de anotación, o la de guarda de los hijos encomendados a una institución o a una persona distinta del cónyuge²¹, es precisa una manifestación del órgano judicial sobre este punto, mientras que otras medidas que se produjeron automáticamente dejarán de ser eficaces de la misma forma²².

¹⁹ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 132.

²⁰ SANZ VIOLA, *Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las leyes de 7 jul. 81 y 6 ag. 84*; La Ley, 1985-3, pág. 1025.

²¹ VALLADARES RASCON, *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*; Madrid: 1982, pág. 408, defiende que las normas que rigen el matrimonio en las situaciones normales volverán a ser vigentes sin necesidad de expresa disposición del juez, salvo en lo relativo a los hijos que hubieran sido confiados a una institución.

²² DE LOS MOZOS, *Artículo 106, en Matrimonio y divorcio...*, ob. cit., pág. 902, señala que los efectos dejan de producirse automáticamente, apareciendo y desapareciendo de la misma manera, mientras que las medidas requieren una actuación judicial, en uno y otro caso, y lo

Estos pronunciamientos levantando las medidas deberán realizarse de oficio, si bien las partes podrán poner de manifiesto que ha transcurrido el plazo legal sin haberse presentado la demanda correspondiente.

Este sistema cuenta con una importante excepción respecto de las medidas que afecten a los menores de edad, pues su vigencia puede prorrogarse incluso cuando no se presente la demanda, ya que de acuerdo con el artículo 84 del Código civil, correspondiente al capítulo relativo a la separación, se indica que la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto lo resuelto, habiendo los cónyuges de poner en conocimiento del Juez dicha reconciliación, mas que las medidas relativas a los hijos pueden ser mantenidas o modificadas²³, y esta regulación ha de ser aplicable a la situación de falta de presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio: la facultad y obligación genérica de protección de los menores, concretada en las facultades del Juez para adoptar medidas protectoras en cualquier proceso contenida en el artículo 158 apoyan la posibilidad de mantener las medidas previas relativas a los menores incluso contra la voluntad de sus progenitores, reconciliados. La intervención del Ministerio Fiscal en esta cuestión puede ser análoga a la que viene recogida en la circular de 15 de diciembre de 1996, en la que se hace referencia a la reconciliación tras la sentencia de separación, situación en la que será necesaria su concurso, ya que, existiendo hijos menores, deberá informar sobre la permanencia en todo o en parte de las medidas adoptadas y del contenido de éstas²⁴.

mismo indica LÓPEZ-MUÑIZ, *El proceso matrimonial de común acuerdo*. Madrid: 1992, pág. 186.

²³ ROMERO COLOMA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*; Barcelona: 1990, pág. 266, señala que "En caso de reconciliación, las medidas adoptadas serán mantenidas o modificadas cuando exista causa que lo justifique, mediante una resolución judicial."

²⁴ Ya hemos indicado la falta de eficacia legal de las Circulares del Ministerio Fiscal, que pueden tener una función normativa para los fiscales, e incluso orientativa para el resto de los prácticos, pues su incumplimiento por parte de abogados, jueces o secretarios no tendrá ninguna consecuencia. Así, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1994 se indica que el único valor de estas circulares para la jurisdicción es su poder de convicción. Memoria de la Fiscalía General del Estado; Madrid, 1995, pág. 729.

En todo caso, el plazo de vigencia de las medidas previas es de caducidad relativa, pues no existe obstáculo alguno para volver a instar de nuevo este trámite, de acuerdo con MUÑOZ SABATÉ²⁵. Por el contrario, RIVERO HERNÁNDEZ considera que no se trata de caducidad ni de caducidad impropia o relativa: "se trata sencillamente de una pérdida de eficacia, pasado el tiempo para el cual fueron concedidos"²⁶.

Es posible entonces la solicitud fraudulenta de las medidas previas, es decir, sin la intención de presentar la demanda de nulidad, separación o divorcio, pues no existe limitación para la concesión de las medidas salvo el propósito de demandar, requisito de carácter interno y de imposible control judicial *ex ante*.

1. 2. 2. Límites temporales de las medidas coetáneas.

Las medidas coetáneas son las medidas provisionales por definición; su necesidad en el proceso de crisis matrimonial es indiscutible, si bien en ocasiones no es preceptivo su dictado, así, por ejemplo, en los procesos de divorcio en los que haya existido una separación anterior, o en los procesos de mutuo acuerdo.

Dada la relación de instrumentalidad que liga a las medidas provisionales con el proceso, éstas han de proveer de regulación en tanto no se dicten medidas principales, y, ante la falta de concurrencia de esta característica de la instrumentalidad, por desestimarse el motivo de nulidad, separación o divorcio o sobreseerse la causa, en principio, las medidas provisionales deben desaparecer, de acuerdo con lo indicado en el artículo 106 C.c.

Ante la desestimación de la solicitud de nulidad, separación o divorcio se echa de menos una regulación como la francesa, en la que se contempla la posibilidad de que ante el rechazo de la demanda de divorcio el juez resuelva

²⁵ MUÑOZ SABATÉ, *El proceso...*, ob. cit., pág. 129

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentarios a las Reformas de...*, ob. cit., pág. 737.

sobre la contribución a las cargas del matrimonio, la residencia de la familia y la guarda de los hijos menores, con lo que se regula una especie de separación de hecho con visado judicial²⁷, pues parece imposible que se obligue a la convivencia a los cónyuges²⁸.

Por otra parte, respecto de la distinción, en el seno de las medidas provisionales, de medidas previas y coetáneas, se plantea la sustitución de las primeras por las segundas.

1. 2. 2. 1. Sustitución de medidas previas por coetáneas

En este punto, habrá de tenerse en cuenta la opción procedimental a la que nos referíamos en el capítulo V; es decir, si, para la obtención de las medidas previas se ha de seguir el mismo procedimiento que para las medidas coetáneas, o bien un procedimiento de distintas características, influido por la urgencia y la consecuente restricción de los elementos probatorios.

En caso de identificarse los procedimientos, carece de sentido defender la sustitución de las medidas previas por las coetáneas, pues ello supondría la reproducción de trámites innecesarios. Esta ha sido la opción elegida por el legislador en la Ley de enjuiciamiento civil de 2000.

Sin embargo, de diferenciarse los procedimientos, ha de ser preceptivo el relevo de las medidas previas por las coetáneas, y no la simple elevación de las medidas previas a coetáneas, o el rechazo a la solicitud de medidas coetáneas, entendiendo subsistentes las previas, tal como viene

²⁷ Art. 258 del Código civil francés, redactado de esta manera desde 1975. A favor de una regulación española de este tipo: FOSSAR BENLLOCH, *Estudios de Derecho...*, ob. cit., pág. 510. RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a las reformas...*, ob. cit., pág. 748.

²⁸ Art. 1894 LEC: *Tanto en el caso del artículo anterior como en el del artículo 1.885, el juez acordará expresamente dejar sin efecto todas las medidas adoptadas y que la mujer se restituya a la vivienda común si hubiere salido de ella.*

realizándose por cierta práctica forense²⁹, pues entendemos que la ley nada indica sobre esta limitación.

La sustitución de las medidas provisionales previas por las provisionales coetáneas se producirá en el momento de dictarse estas últimas, sin retroacción del contenido de las medidas patrimoniales, dado que el derecho subjetivo habrá sido protegido por las medidas previas, y su eficacia es análoga.

Por otra parte, CABALLERO GEA apunta la existencia de un límite a la eficacia del auto de medidas previas, pues estima que si no se solicitan medidas coetáneas no puede prosperar la solicitud de ejecución de medidas previas después de haberse presentado la demanda de nulidad, separación o divorcio, y que en todo caso, si ya se hubieran ejecutado, no se pueden seguir ejecutando las previas³⁰, hipótesis que no compartimos, pues entendemos que se pueden solicitar medidas coetáneas por las partes en cualquier momento hasta la firmeza de la sentencia.

El régimen previsto en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil otorga protagonismo a los efectos y medidas derivados de la separación, nulidad o divorcio, olvidados por la ley 30/81, que no sólo no los reguló, sino que remitió a artículos de prácticamente imposible aplicación sin el concurso de una labor interpretativa correctora y colmadora de lagunas, no diferenciando el contenido de las medidas que se adopten con anterioridad o

²⁹ SÁNCHEZ PEDRERO, *Derecho procesal familiar*; Madrid: 1997, pág. 156 considera que habrá de ser el juez el que determine si las medidas provisionales tras dictarse las previas son admisibles.

En este sentido, el auto de la AP de León de 15 de julio de 1995, @1929/1995, indica que las medidas provisionales se mantienen como definitivas hasta que se modifiquen.

³⁰ Considera que dejan de tener efecto, porque al ser los trámites de las previas muy escasos (una simple audiencia) en comparación con los de las coetáneas, además de no ser preceptivo abogado y procurador, con el simple procedimiento de no solicitarlas se dejarían subsistentes las previas, lo cual sería un fraude procesal. CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 306.

tras la admisión de la demanda, ni estableciendo necesidad de urgencia para la evacuación de medidas previas a la presentación de la demanda³¹.

Con la nueva normativa se pretende principalmente una simplificación del procedimiento, evitando la reproducción de trámites con el mismo objeto; así, una vez se hayan obtenido medidas previas, no se dictarán nuevas medidas provisionales sobre los mismos asuntos; a lo más, se podrán modificar las medidas previas al admitirse la demanda, cuando el tribunal considere que procede una complementación, y tras convocar a las partes a una comparecencia³².

En el sistema de la nueva LEC, las medidas provisionales previas a la demanda tendrán el mismo contenido que las derivadas de la admisión de la demanda, si bien las primeras se podrán completar o incluso modificar ante la admisión de la demanda.

El cónyuge que solicite medidas provisionales podrá obtener, de acuerdo con el artículo 771, con anterioridad a la presentación de la demanda, o al admitirse ésta, la regulación de los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código civil, tras una comparecencia y la práctica de la prueba pertinente, en un término de 10 días desde la comparecencia (el artículo 773, que regula las medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda, no hace referencia al periodo de práctica de prueba, y remite al artículo 771 en lo relacionado a la sustanciación de al comparecencia, en la que consideramos englobado lo relativo a dicha práctica de la prueba).

³¹ El informe del CGPJ considera positivo que se hayan seguido las directrices del libro blanco de la justicia, que ya señalaba la necesidad de establecer un procedimiento único, sin recursos, y la sustitución de las medidas provisionales por las contenidas en la sentencia.

³² De esta manera, en un plazo máximo aproximado de un mes se pueden obtener las medidas provisionales solicitadas con anterioridad a la admisión de la demanda: la comparecencia se celebrará en los diez días siguientes al momento del examen de la solicitud del cónyuge realizado por el juez, y la práctica de la prueba puede realizarse en los diez días siguientes.

Por otra parte, se establecen las medidas previas urgentes, que serán sustituidas por las medidas previas una vez se dicten, tras la celebración de la vista correspondiente.

1. 2. 2. 2. Sustitución de medidas provisionales por definitivas

a) La sustitución formal de las medidas: la sentencia

Llegados al punto de la obtención de la sentencia de primera instancia, las partes pueden ver regulados los efectos y medidas relativos a la crisis familiar en diferentes decisiones judiciales: antes o durante el proceso se habrá dictado un auto de medidas previas o provisionales, y finalmente, una sentencia en la que se establecerá un régimen de medidas³³, que deberá regular las relaciones futuras de la familia escindida, tanto en términos patrimoniales como de relaciones personales.

Las medidas definitivas han de contenerse en la sentencia de nulidad, separación o divorcio, de acuerdo con los artículos 91, 92 y 93 del Código civil, sin embargo, nos encontramos en la práctica con que en numerosas ocasiones las medidas provisionales se elevan a definitivas en sentencia, lo cual, además de ser contrario a la ley trae problemas al ejecutar la sentencia, o al modificarse posteriormente ésta, ya que las medidas provisionales no son idénticas a las definitivas en su contenido.

Existen diferencias notables entre las medidas provisionales y las definitivas: en las primeras, al fijarse las cantidades dinerarias que los cónyuges deben aportar, se habla de contribución a las cargas (art. 103.3º. C.c.) mientras que en las medidas definitivas ya se distinguen, con el mismo fin, los alimentos, para los hijos (art. 93 C.c.), y la pensión compensatoria para

³³ Las medidas también pueden fijarse en trámite de ejecución de sentencia de acuerdo con lo indicado por el artículo 91 del Código civil, que señala que “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar...”.

el cónyuge (art. 97 C.c.), elementos que se rigen por un distinto régimen jurídico³⁴.

Es claro, por lo tanto, que todas las medidas deberán contenerse en la sentencia, exponiéndose en los fundamentos jurídicos los razonamientos que condujeron a tal decisión, evitándose la técnica de darse por reproducida cualquier clase de medida³⁵.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se realiza, al contrario que en la actual regulación procesal, indicación expresa de la necesaria comprensión de las medidas definitivas en la sentencia, que sustituirán a las medidas provisionales en los artículos 773.5 y 774.4, siguiendo al ya citado artículo 91 del Código civil, haciéndose referencia a la posibilidad de que se hayan dictado medidas provisionales, que en todo caso habrán de ser sustituidas.

b) La sustitución material de las medidas

La medida cautelar tiene razón de ser hasta la sustitución de la medida por la resolución principal³⁶, como consecuencia de la naturaleza eminentemente instrumental de estas medidas, por lo que, las medidas provisionales, de carácter cautelar, deben ser sustituidas por las medidas definitivas una vez dictada la sentencia que las contenga, sin embargo, en el sistema procesal matrimonial actualmente vigente esto no ha resultado claro

³⁴ CABALLERO GEA, *Procesos ...*, ob. cit., pág. 308, y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil, IV, derecho de familia*, (con Sancho Rebullida); Barcelona: 1984, pág. 272. Véase el apartado correspondiente a la medida de contribución a las cargas en el capítulo V.

³⁵ GARCÍA CANTERO, *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en *Comentarios al Código civil*; Madrid: 1982, pág. 469, señala que en relación con la disolución del régimen económico del matrimonio es obligada la sustitución de las medidas provisionales, mientras que medidas como el derecho de visita o la comunicación con los hijos pueden ser ratificadas por el juez en la sentencia, conclusión que no compartimos, dada la dicción del artículo 91 del Código civil.

En la SAP de Granada de 8 de septiembre de 1989 se señala que todas las medidas deben expresarse en el fallo.

³⁶ CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. Sentis Melendo de la tercera edición italiana); Buenos Aires (Argentina): 1945, pág. 45 y ss.

para parte de la doctrina y la práctica, por lo que la vigencia de las medidas provisionales se prorroga en el tiempo en muchos casos más allá de la obtención de las medidas definitivas.

La no sustitución de las medidas provisionales por las definitivas se ha basado en que éstas no son firmes, y por lo tanto el procedimiento no ha finalizado³⁷, y, por otra parte, en la inadmisión de la ejecución provisional de los pronunciamientos de medidas definitivas contenidos en la sentencia recurrida³⁸.

La argumentación legal contraria a la eficacia inmediata de las medidas definitivas no firmes se basaría en una interpretación literal del artículo 106 del Código civil, apoyada por lo contenido en el artículo 385 III de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹, mientras que la argumentación legal a favor de dicha eficacia inmediata o sustitución de las medidas

³⁷ Como muestra de la tendencia a la inadmisión de la ejecución provisional, en el acuerdo entre abogados y jueces de familia de Madrid de 1993 indica que no se admitirá la ejecución provisional de sentencias de separación o divorcio. «Reunión entre jueces de familia y abogados»; *Otrosí*, noviembre de 1993.

³⁸ Para los defensores de la vigencia de las medidas provisionales durante la segunda instancia, la fecha límite para la duración de las medidas provisionales será la de firmeza de la sentencia dictada en apelación, pues la sentencia dictada en casación, interpuesta en interés de la ley, no puede alterar la ejecutoria ni afectar el derecho de las partes. GARCÍA CANTERO, *De las medidas provisionales...*, ob. cit., pág. 469.

³⁹ Paralelos a los argumentos legalistas, y contra la eficacia inmediata, se ha dicho que la situación de necesidad que vienen a paliar las medidas provisionales quedaría suficientemente solucionada por dichas medidas, y que por lo tanto no sería necesaria una aplicación inmediata de la sentencia, puesto que las medidas contenidas en la sentencia tienen prácticamente el mismo contenido que las provisionales. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, vol. II, (con Ortells, Gómez Colomer y Montón), Valencia: 1997, pág. 479. En el mismo sentido el Auto de 13 de noviembre de 1992 de la AP de Madrid indica que "estando recurrida, y admitido el recurso en ambos efectos, la sentencia recaída en los autos principales, mientras se resuelven los autos principales y hasta que recaiga sentencia firme con autoridad de cosa juzgada formal y material, siguen vigentes las medidas provisionales acordadas, sobre las que sigue ejerciendo jurisdicción el órgano judicial que las acordó", S. de 24 de noviembre de 1992. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 341, así como Auto de la AP de Málaga de 8 de febrero de 1994 (@1007/1994), Auto de la AP de León de 15 de julio de 1995 (@1929/1995), auto de la AP de Navarra de 3 de marzo de 1995, AC 1995/457, auto de la AP de Avila de 22 de julio de 1996, @1660/1996 y de Alicante de 7 de noviembre de 1995 @100/1996, Sentencia de la AP Orense de 15 de octubre de 1991 @62/1992 y Auto de la AP de Pamplona 6 de abril de 1987, La Ley 87, 9303. R.

provisionales por las definitivas encontraría su apoyo en los artículos 91 del Código civil y en una interpretación sistemática del artículo 385 LEC.

En principio, ha de tenerse en cuenta que las medidas contenidas en la sentencia tienen vocación definitiva, y si su contenido difiere del correspondiente al auto de medidas provisionales, se habrán tenido en cuenta nuevos elementos de prueba o cambios en las circunstancias, con lo que la resolución principal será más adecuada a la situación a regular⁴⁰, siendo lo más conveniente que la última y mejor fundada decisión -la sentencia- fuera eficaz desde el momento de su comunicación a las partes.

Consideramos que las medidas provisionales deberían ser sustituidas por las definitivas en el plazo más breve posible desde que su comunicación a las partes, si bien en relación con cuestiones patrimoniales de carácter periódico, con eficacia desde su dictado.

Se puede defender la sustitución de las medidas provisionales por aquellas contenidas en la sentencia no firme de nulidad, separación o divorcio desde tres diferentes posturas argumentales:

1.- Sustitución de las medidas provisionales por las definitivas de acuerdo con lo señalado en el Código civil.

Mientras que el artículo 106 se refiere a la sustitución de las medidas provisionales una vez finalizado el procedimiento, lo recogido en el artículo 90, que indica que en la sentencia se recogerán las medidas que sustituyan a las provisionales apoya una interpretación del artículo 106 en el sentido de posibilitar la sustitución de las medidas provisionales por las definitivas, dado que se puede considerar que dicho artículo se refiere a la finalización del procedimiento que se regula, que no es otro que el de primera instancia,

⁴⁰ Consideramos que se puede entender que las medidas provisionales son sustituidas por las contenidas en la sentencia, pues parece razonable que las medidas provisionales tengan una eficacia mínima, durante el tiempo necesario en tanto se quiere proveer de cierta seguridad ante una situación de interinidad, entre la ruptura y la separación definitiva, habiendo de ser sustituidas cuando la ruptura se considera definitiva por las comprendidas en la sentencia, fruto de una toma de decisión más profunda y con mejor conocimiento de causa, posibilitada por un procedimiento de mayor envergadura, con la que se presume que la resolución sea apropiada.

y que si bien es verdad que el procedimiento en un sentido estricto no acaba hasta que es firme la sentencia, se puede entender que en el espíritu de dicho artículo no se hace referencia a la segunda instancia⁴¹.

2.- Admisión del recurso en un solo efecto: ejecución provisional *ope legis*

Otra argumentación a favor de la sustitución de las medidas provisionales por las definitivas sería la invocación de la admisión del recurso contra la sentencia en un solo efecto, es decir, que tuviera efecto devolutivo mas no suspensivo, y que por lo tanto fuera ejecutable desde su evacuación: de acuerdo con CABALLOL, la determinación de la admisión del recurso en un solo efecto es una forma de declarar dichos pronunciamientos ejecutables provisionalmente *ex lege*⁴².

⁴¹ En el artículo 91 del Código civil se indica que “*En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o, en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas...*”, mientras que en el 106 del mismo cuerpo legislativo se señala que “*Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.*”. CALDERÓN CUADRADO, *Los procesos matrimoniales: comentarios, jurisprudencia y formularios*, (Montero coor.); Valencia: 1997, pág. 721, apunta que la finalización del procedimiento se produce por sentencia, y que en consecuencia las resoluciones contenidas en sentencias no firme no pueden dejar sin efecto las medidas y efectos provisionales, y en el mismo sentido, GÓMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, *El proceso civil*; Oviedo: 1996, pág. 429, considera que en virtud de la aplicación del artículo 106 las medidas son sustituidas por las contenidas en sentencia estimatoria, frente a la interpretación de MUÑÍZ MENERO, *La ejecución provisional de las sentencias de separación, divorcio y nulidad*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: 1996, pág. 315 y 316, que entiende que al recogerse en el artículo 91 que en las sentencias se determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas, no se está determinando en qué momento se va a realizar la sustitución, que de acuerdo con una interpretación literal del posterior artículo 106 se llevará a cabo una vez sea firme la sentencia.

⁴² CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC, en Presente y futuro del proceso civil*, (Pico Junoy dir.); Barcelona: 1998, pág. 99, considera que esta técnica no es del todo correcta: “...*en aras de una mayor claridad sistemática, el legislador debería reservar la admisión en un sólo efecto para los recursos interpuestos contra resoluciones interlocutorias y conceder la ejecución provisional ex lege utilizando expresiones distintas. De esta forma quedarían claramente diferenciados ejecución provisional y recurso en un solo efecto, y conseguiríamos que las especialidades del régimen jurídico de ésta última (la no exigibilidad de fianza o la posibilidad de ser*

Con esta técnica no es preciso prestar fianza, por lo que el mismo autor indica que sólo puede ser apta para supuestos muy concretos, normalmente procesos especiales como de los que ahora nos ocupamos⁴³.

Cuando un recurso se admite en un solo efecto, la resolución recurrida se hace efectiva de manera automática, mientras que cuando se admite también en principio el efecto suspensivo, se recogen en la ley determinados supuestos en los que se permite que la resolución recurrida se haga efectiva, siempre que haya una petición en este sentido y que se aseguren los perjuicios que pueda producir su efectividad.

Aunque en general sea factible la ejecución provisional de las sentencias recurridas y admitidas en ambos efectos, existen supuestos de imposibilidad, por existir un interés Público en que no se produzca dicha efectividad anticipada, tal como ocurre en el caso de las sentencias que versen sobre estado civil o divorcio⁴⁴, cuyo recurso ha de admitirse en ambos efectos y no pueden ser ejecutables provisionalmente por afectar a elementos de orden público, ya que si se permitiera la ejecución provisional y la resolución de segunda instancia fuera contraria a la resolución ejecutada, la reversión a la situación anterior a la ejecución podría ser imposible o traer graves complicaciones a las partes y a terceras personas.

llevada a efecto de oficio) tuvieran que preverse expresamente cuando se pretendiera la eficacia provisional de las resoluciones”.

⁴³ CABALLO ANGELATS, *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC*,..., ob. cit., pág. 585 y 586, apunta que el establecimiento por el legislador de la admisión del recurso en un solo efecto implica que se establezca la ejecución provisional del pronunciamiento *ex lege*, mientras que cuando se admite en ambos efectos, la ejecución provisional se producirá *ope iudicis*, y que en virtud de esta distinción se pueden diferenciar los momentos de exigibilidad del pronunciamiento y de ejecución forzosa. Así, en el caso de establecerse por el legislador la admisión del recurso en un efecto, es decir, la ejecución provisional *ope legis*, se distinguirían el momento de la exigibilidad del cumplimiento, que se daría en el mismo momento de dictarse la resolución, del de ejecución forzosa, que se llevaría a cabo en un momento posterior, a instancia de parte, mientras que para el caso de establecimiento de la admisión del recurso en ambos efectos, de ejecución provisional *ope iudicis*, el momento de la exigibilidad y de la ejecución forzosa se identificarían, ya que corresponderían al momento en que el juez concede efectividad a la resolución recurrida despachando su ejecución provisional.

⁴⁴ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil*, (con Gimeno y Moreno); Madrid: 1996, pág. 342.

Sin embargo, esta imposibilidad de ejecutar provisionalmente la sentencia ex. art. 395 LEC, puede no afectar a toda la sentencia, sino únicamente a los pronunciamientos que versen sobre las materias afectadas por el interés público en la inexecución, mientras que aquellos otros pronunciamientos incluidos en ella podrían ser susceptibles de ejecución provisional.

Así, existen en la legislación vigente supuestos de ejecución provisional parcial, como en el de la ejecución provisional de la sentencia que dé lugar al interdicto de obra nueva o al de obra ruinoso, excepciones, según PÉREZ GORDO al principio general de que la ejecución provisional se refiere a la totalidad del contenido de las sentencias, pues el ámbito de la ejecución provisional puede verse sometido a la limitación de declararse por ley no ejecutables diversos extremos de una sentencia⁴⁵, y que la discrecionalidad del juez permite conceder la ejecución sólo respecto de algunos puntos de la sentencia.

Se observa, en lo relativo al establecimiento de la admisión de los recursos en ambos efectos, una evolución en nuestro sistema legal que va de un sistema de doble efecto a una absoluta tendencia a la admisión de los recursos en un solo efecto, paralela a la potenciación de institutos como las medidas cautelares o el establecimiento de juicios rápidos para proporcionar lo antes posible un resultado procesal a los demandantes.

De esta manera, en el año 1984 se realizó una reforma procesal que, como apunta CORTES DOMINGUEZ, aparejó la provisionalidad de las sentencias sometidas a un medido de gravamen y aquellas otras sometidas a un medio de impugnación al introducir el principio de ejecución provisional de las sentencias sometidas a la apelación⁴⁶.

⁴⁵ PÉREZ GORDO, *La ejecución provisional en el proceso civil*; Barcelona: 1973, pág. 51 y 52, 140, 141 y 142.

⁴⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág. 339, indica que las diferencias entre lo recogido en el artículo 385 y el 1722 en cuanto a la entrada en juego del efecto suspensivo se justifican únicamente en el objeto de la declaración judicial contenida en la sentencia.

En la misma línea, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 se recoge el principio de ejecutabilidad provisional de sentencias estimatorias, con excepciones propias de la materia como puedan ser los pronunciamientos sobre estado civil (arts. 456 y 525), y el régimen de ejecutabilidad provisional de las sentencias no firmes dictadas en segunda instancia se equipara completamente al de apelación (el art. 535.1 remite al capítulo anterior, referente a la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia)⁴⁷, con lo que la diferenciación entre medios de gravamen y medios de impugnación queda reducida a la función del medio, tendente a la obtención de una nueva resolución o a la anulación de lo resuelto⁴⁸.

Se ha argumentado, con la finalidad de considerar el recurso de apelación contra sentencias sobre crisis matrimonial admisible en un solo efecto, la aplicabilidad del artículo 758⁴⁹ de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, perteneciente al título relativo a los incidentes, dada la remisión de la DA quinta a su regulación, mas esta construcción no parece viable, ya que dicha remisión se entiende hecha a la vía procedimental, y no significa que el proceso se convierta en un incidente de otro, y que por lo tanto el recurso contra la sentencia sea admitido en un solo efecto⁵⁰.

⁴⁷ CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC...*, ob. cit., pág. 589, apuntaba respecto al anteproyecto que era patente el decantamiento por la ejecutabilidad *ex lege*, que implica la admisión del recurso en un efecto, y en el comentario al art. 456 LEC de ARMENTA DEU *et alii*, se indica que se elimina el efecto de suspensión de la ejecución.

⁴⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en *Derecho procesal civil...*, ob. cit., pág. 336 a 340, señalaba que la distinción entre admisión del recurso en un efecto o en dos se relacionaba con la distinción entre recurso como medio de impugnación y recurso como medio de gravamen, mas que esta consecuencia cada vez tiene menor virtualidad; así, en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil se asimila la ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia a la de primera instancia, elección positiva de acuerdo con lo señalado por CABALLOL ANGELATS; *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC...*, ob. cit., pág. 595.

⁴⁹ Art. 758 LEC: *Celebrada la vista o transcurridos los dos días siguientes al de la citación sin haberla solicitado, el juez dictará sentencia dentro del quinto día. Esta sentencia será apelable en un solo efecto.*

⁵⁰ PÉREDA GÁMEZ, *La ejecución de las sentencias matrimoniales*; Barcelona: 1989, pág. 34. FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, *Ejecución en derecho de familia*, en

El interés público existente en la materia de familia, y concretamente en la del estado civil aconseja la determinación legal de la admisión de los recursos contra pronunciamientos sobre estado civil en un doble efecto, impidiendo además la posible ejecución provisional del juicio sobre el estado civil, mas esta limitación no ha de hacerse extensiva a los pronunciamientos secundarios contenidos en una sentencia sobre la crisis matrimonial concernientes a efectos o medidas, que han de gozar de independencia respecto a los primeros a efectos de admitirse su ejecución provisional, siendo recurribles en un efecto.

3.- Ejecución provisional de los pronunciamientos recogidos en la sentencia: ejecutabilidad provisional *ope iudicis*.

Otra posibilidad de hacer aplicable lo contenido en la sentencia no firme es acordar la ejecución provisional de ésta, archivando el expediente de medidas provisionales, dejándolas sin efectos, opción que ejercen, entre otros⁵¹, los Tribunales vascos⁵².

Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid: 1992, pág. 537 y ss., apunta que hay doctrina que defiende que los efectos secundarios o medidas serían un incidente del pleito principal y serían recurribles en un solo efecto, y por tanto susceptibles de ejecución

⁵¹ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 1992 considera que la ejecución provisional es viable en los procedimientos matrimoniales, justificándolo cuando no irroge un perjuicio irreparable a la parte recurrente, y en el Auto de 13 de noviembre de 1992 de la AP de Madrid se indica que, "estando recurrida, y admitido el recurso en ambos efectos, la sentencia recaída en los autos principales, mientras se resuelven los autos principales y hasta que recaiga sentencia firme con autoridad de cosa juzgada formal y material, siguen vigentes las medidas provisionales acordadas, sobre las que sigue ejerciendo jurisdicción el órgano judicial que las acordó", y en la S. de 24 de noviembre de 1992 de la AP de Madrid se indica que las medidas provisionales pierden toda virtualidad ulterior cuando la sentencia de los autos principales gana firmeza, quedando en tal caso vacía de contenido la apelación contra la sentencia recaída en el incidente de oposición. HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 340 y 461, con lo que se señala que si no se solicita la ejecución provisional, las medidas quedarán subsistentes

⁵² En la colección de documentos informatizados para los Juzgados de Primera Instancia del país Vasco, el modelo 22082220, correspondiente con el auto de archivo del expediente de medidas provisionales, recoge la circunstancia de la sustitución de las medidas provisionales por las contenidas en la sentencia definitiva, bien porque ésta sea definitiva, bien porque se acuerde la ejecución provisional de la misma; así, en el razonamiento jurídico segundo dice que "*En consecuencia, habiéndose acordado la ejecución provisional de la sentencia recaída en los autos principales, carece ya de objeto la continuación del presente proceso incidental, por lo que procede declararlo*

En contra de la admisión de la ejecución provisional de las medidas provisionales, el acuerdo entre abogados y jueces de familia de Madrid de 1993 indica que no se admitirá la ejecución provisional de sentencias de separación o divorcio⁵³, y, entre la jurisprudencia menor, es generalizada la inadmisión⁵⁴.

En primer lugar, vamos a examinar qué tipo de procesos están afectados por esta imposibilidad, y de qué manera, o en qué extensión lo están.

El contenido del artículo 385 de la LEC impide la ejecución provisional de determinadas sentencias, si bien tiene una redacción confusa: mientras que se prohíbe la ejecución de elementos muy concretos (juicios sobre paternidad, maternidad, filiación y divorcio), hay otros muy amplios, en los que la exclusión de la ejecución provisional puede afectar a diferentes procesos; de esta manera, cuando se señala que no se ejecutarán provisionalmente las sentencias recaídas en juicios que versen sobre capacidad o estado civil, se estaría incluyendo por segunda vez al divorcio en este amplio apartado.

Haciendo una interpretación *a sensu contrario*, y al referirse el artículo 385 a la exclusión de la ejecución provisional de las sentencias de divorcio exclusivamente, las sentencias dictadas en los juicios de nulidad o

finalizado archivándose las actuaciones, y, en el modelo 22802230, correlativo al auto dejando sin efecto las medidas provisionales, se recoge el mismo razonamiento. Colección de documentos informatizados, Juzgados de Primera instancia, Civil, vol. IX, modelo 22082220 y modelo 22082230; Vitoria: Viceconsejería de Justicia del Gobierno Vasco, 1998.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, comentario al art. 106, en *Comentario del Código civil*, (Díez Picazo Ponce de León, Paz-Ares, Bercovitz y Salvador Coderch dirs.); Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, tomo I, pág. 423, admite la ejecución de la sentencia a solicitud del cónyuge interesado, así como VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 206, y RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario a las Reformas...*, ob. cit., pág. 746.

⁵³ «Reunión entre jueces de familia y abogados»; *Otrosí*, noviembre de 1993.

⁵⁴ Auto de la AP de Málaga de 8 de febrero de 1994, @1007/1994 y Auto de la AP de León de 15 de julio de 1995, @1929/1995.

separación sí podrían ser ejecutadas provisionalmente⁵⁵; sin embargo, habrá que ver si se encuentran excluidas por versar sobre estado civil⁵⁶.

En lo relativo a la separación, nulidad o divorcio, es discutible si se encuentran englobados en los *juicios sobre estado civil*, y por lo tanto se encuentran excluidos de la ejecución provisional.

La nulidad, claramente es una institución que afecta al estado civil, mientras que la naturaleza de la separación es más compleja; el separado sigue siendo casado a efectos registrales; no puede contraer nuevo matrimonio válidamente, y puede incluso mantener el derecho a la legítima a la muerte de su cónyuge; la ejecución provisional de la separación no tiene consecuencias que sean de difícil reparación para el caso de una sentencia denegatoria en la segunda instancia, con lo que nada impide la ejecución provisional de las sentencias de separación.

Parte de la doctrina⁵⁷ con la que estamos de acuerdo, considera que, aunque la ley prohíba expresamente la ejecución de las sentencias no firmes de divorcio, e implícitamente las de nulidad, habría que distinguir en todo caso en dichas sentencias el pronunciamiento principal, que afectaría al estado civil, y los pronunciamientos accesorios que llamamos “medidas”;

⁵⁵ En contra de la ejecución provisional, VEGA SALA, *Matrimonio....*, ob. cit., pág. 28, intenta encontrar soluciones a lo que llama “un auténtico problema humano”, cual es la necesidad de sustituir las medidas provisionales por las medidas contenidas en la sentencia no firme, dado que éstas son fruto de un mejor conocimiento del caso por parte del juez.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, *La ejecución de sentencias en materia matrimonial*; Madrid: 1997, pág. 48.

⁵⁶ Entre los que estiman que la separación está incluida en la categoría de juicios que versan sobre el estado civil, ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales....*, ob. cit., pág. 190 y 191.

⁵⁷ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución de resoluciones judiciales en los procesos matrimoniales», en *Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de derecho judicial*; Madrid: 1992, pág. 501 y ss., indica que “No hay ningún precepto que prohíba que estos efectos puedan ser ejecutados de manera provisional. Se más, si se han podido resolver todos ellos en una pieza de medidas provisionales, que son ejecutorias de pleno, conforme con el art. 1900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el mismo fundamento puede darse la ejecución provisional”, y en el mismo sentido, FONSECA-HERRERO; *Ejecución....*, ob. cit., pág. 537, indica que la tendencia actual es la de admitir la ejecución provisional de las medidas, en concreto la de alimentos.

mientras que los primeros podrían no ejecutarse -en el caso de la nulidad y el divorcio-, los segundos sí, puesto que nada obsta a su ejecución provisional, salvo el argumento de la unidad inescindible de la sentencia⁵⁸

En contra de la ejecutabilidad provisional, se argumenta principalmente la unidad de la sentencia y la falta de necesidad de la anticipación de la satisfacción, dado que existen medidas provisionales que norman las relaciones en tanto no sea firme la sentencia⁵⁹.

Frente a la teoría de que la sentencia forma un todo unitario no susceptible de ejecución parcial, MUÑIZ MENERO considera que la ejecución de los pronunciamientos separadamente es lo habitual en todo tipo de procedimientos, y que *“donde actúa la inescindibilidad es en cuanto al efecto suspensivo de la apelación, ya que el artículo 384 de la LEC establece tal efecto con carácter global”*. Al estimar que la ejecución provisional es un mecanismo de corrección del efecto suspensivo, ya que las sentencias pueden ser ejecutadas provisionalmente aunque hayan sido admitidas en apelación en ambos efectos, no hay problemas en admitir la ejecución provisional de las medidas contenidas en la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

CABALLOL ANGELATS apunta acertadamente que los pronunciamientos sobre alimentos, pensión compensatoria, uso de la vivienda familiar, régimen de visitas, etc. constituyen junto al pronunciamiento de separación, nulidad o divorcio el objeto del proceso, y que la viabilidad de la ejecución provisional de los pronunciamientos sobre

⁵⁸ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 206, defiende la ejecutabilidad provisional.

⁵⁹ ALEGRET BURGÜÉS, *Problemática de la ejecución de las sentencias de separación, divorcio y nulidad*, en *Los procesos en los Juzgados de familia*; Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, 1993, pág. 321, se decanta por la inejecutabilidad provisional de la sentencia, considerando las medidas inescindiblemente unidas a ella y por lo tanto igualmente inejecutables.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 22 de julio de 1996, @1660/1996, considera imposible la sustitución automática de las medidas provisionales por las definitivas no firmes, así como la ejecución provisional de dichas medidas, y apunta que es el trámite de modificación de medidas provisionales el adecuado para otorgar eficacia a las definitivas.

medidas en las sentencias sobre nulidad, separación o divorcio depende de la independencia que se reconozca a las medidas del pronunciamiento principal, excluido de la ejecución provisional, y que esta independencia queda manifiesta al tratarse de unas medidas que tienen una propia regulación procesal⁶⁰.

CABALLOL apoya además esta teoría haciendo referencia al juicio de alimentos provisionales, en el que a pesar de poderse conceder al inicio del procedimiento una pensión, la ley ordena la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia recurrida. Con todo, indica que la vía más apropiada para hacer efectivas las medidas de la sentencia recurrida puede no ser la ejecución provisional, ya que se podría solicitar al juez la modificación de las medidas provisionales, adaptándolas a las contenidas en la sentencia, salvo en lo concerniente a la pensión compensatoria, que habría de ejecutarse provisionalmente, dado que no tiene cabida entre las medidas provisionales⁶¹.

No podemos estar de acuerdo con esta última consideración; interpretando correctamente las normas, la ejecución provisional de las medidas contenidas en la sentencia es legítima, pues los pronunciamientos son diversos, correlativos a las pretensiones ejercidas, y que se unen procedimentalmente de forma necesaria como consecuencia de la influencia del principio inquisitivo en el proceso matrimonial.

⁶⁰ CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona: 1993, pág. 188.

MUÑIZ MENERO, *La ejecución provisional...*, ob. cit., pág. 313 y 314, considera que los efectos de la separación, nulidad o divorcio tienen una naturaleza jurídica muy diferente dependiendo de qué medida se trate: la mayoría consisten en actos de mera especificación de derechos o deberes, que antes de la crisis conyugal ya existían, y se ejercitaban conjuntamente, de forma indiscriminada y sin atribución de cuotas, que la resolución judicial vendría a parcelar o a concretar, e incluso a suspender, como es el caso del uso de la vivienda familiar, y por otro lado, existen medidas que dependen directamente del pronunciamiento principal, como la determinación de pensión compensatoria, la extinción del régimen económico conyugal y el derecho de indemnización que puede existir decretada la nulidad. De estos últimos efectos considera el autor que podría inadmitirse la inejecución, aunque con reservas.

⁶¹ CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil...*, ob. cit., pág. 188.

Así, entendemos que, pese a dictarse en la misma sentencia, las resoluciones sobre medidas corren una suerte independiente en cuanto a su ejecución provisional respecto al pronunciamiento sobre el vínculo.

Además, no se puede considerar que la modificación de las medidas provisionales después de obtenidas las definitivas sea una vía más adecuada, pues ha de tenerse en cuenta que la solicitud de modificación de las medidas provisionales lleva aparejada unos nuevos trámites de audiencia y prueba, redundancia absurda, existiendo un pronunciamiento resultado de un proceso con mayores garantías, como es el proceso principal.

Por todo ello consideramos que puede entenderse compatible lo recogido en los artículos 91 y 106 del Código civil con la restricción del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al hacerse inmediatamente aplicables tras la consecución de la sentencia afirmativa de nulidad, separación o divorcio las medidas a las que se refiere el artículo 91 (las medidas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas), evitando la eficacia inmediata de la decisión sobre el estado civil, con lo que respetaríamos la dicción y la finalidad del art. 385 LEC, ya que estimamos, de acuerdo con PEREDA GÁMEZ, que el legislador, al elaborar dicho artículo no se planteó la eficacia de las medidas aparejadas a la decisión principal, sino que sólo se preocupó de que los pronunciamientos cuya ejecución provisional pudiera suponer una imposibilidad de reversión que afectara al ámbito del estado civil no fueran susceptibles de ejecución⁶².

En esta línea, en el Auto de la AP Madrid de 25 de febrero de 1993 se señala que la Sala distingue, a la hora de acordar la ejecución provisional, entre el pronunciamiento principal, que no sería ejecutable provisionalmente, y los efectos complementarios, que sí lo serían⁶³.

⁶² PEREDA GÁMEZ, *La ejecución de las sentencias...*, ob. cit., pág. 35.

⁶³ HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia...*, ob. cit., pág. 461 y 462.

Por otra parte, y teniendo como premisa la admisibilidad de la ejecución provisional de los pronunciamientos secundarios de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, se plantean en la práctica limitaciones a la ejecución provisional; así, si existe una previa sentencia de separación regulando medidas complementarias, en ocasiones no se concede la ejecución provisional de las medidas de la sentencia de divorcio, porque las medidas a sustituir se contendrían en una sentencia firme⁶⁴.

Esta construcción no se presenta consistente; las medidas provisionales tienen una función preventiva y protectora, a la vez que anticipatoria, sin embargo esta función no se cumple una vez se han dictado medidas definitivas, y si se tiene en cuenta que la finalidad de la ejecución provisional de las medidas complementarias de la sentencia de separación no es impedir un desamparo familiar -el fin principal de la ejecución provisional es el satisfactivo y no el preventivo-, sino por el contrario permitir el disfrute de la posición jurídica reconocida en la sentencia recurrida, tal como indica CABALLOL⁶⁵, la resolución dada por la Audiencia de Madrid resulta inicua.

A favor de la ejecución provisional, MUÑIZ MENERO, *La ejecución provisional...*, ob. cit., pág. 313 y ss., que entiende que la exclusión del artículo 385 LEC se refiere estrictamente a la declaración de divorcio o estado civil, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 506, que señala como curiosidad que cuando un juez de Familia de Madrid dio lugar a la ejecución provisional de las medidas económicas dictadas como complementarias en una sentencia de divorcio, ello fue objeto de interposición de una querrela por delito de prevaricación, rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 24-1-90, señalándose en esta resolución que el legislador no manifiesta de forma preceptiva y expresa que no se puede ejecutar provisionalmente las medidas del artículo 91 y siguientes del Código civil, y que al existir una duda interpretativa el juez no incurre en delito de prevaricación. *Ibidem*, pág. 507 y ss.

⁶⁴ En el AAP Madrid de 25 de febrero de 1993 se señala que las medidas definitivas son ejecutables provisionalmente, pero que si las medidas a sustituir están contenidas en una sentencia firme anterior -es decir, de separación, cuando posteriormente se solicita el divorcio- no procede la ejecución provisional puesto que "no existe situación de desamparo y los intereses del menor se encuentran protegidos por las medidas adoptadas en el procedimiento previo y cuya sentencia es firme". HIJAS FERNÁNDEZ, *Derecho de familia: Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, Madrid: 1994, págs. 461 y 462.

⁶⁵ CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento civil...*, ob. cit., pág. 587.

Esta limitación es una consecuencia que únicamente puede producirse cuando la ejecución provisional se determina *ope iudicis*, es decir, cuando dependa de la decisión del juez la ejecutabilidad de la resolución recurrida, mientras que si se determina la ejecutabilidad provisional *ope legis*, ante la ejecución provisional de la resolución de que se trate no se podrá oponer la falta de conveniencia o de justificación para la ejecución.

Ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad, dada la falta de regulación, la solución a esta cuestión variará en cada Juzgado, partido o provincia según el órgano judicial entienda el sistema de doble instancia de separación y divorcio como dos elementos de un mismo proceso o como dos procesos independientes, y en virtud de ello elegirá o no la posibilidad de ejecución provisional en el divorcio existiendo un pronunciamiento firme de separación que regule las medidas; así, si estima que ambos pronunciamientos pertenecen a un mismo *iter* procesal, no admitirá la ejecución provisional del segundo, mientras que si se consideran independientes, la ejecución provisional de las resoluciones contenidas en la sentencia de divorcio podrá ser concedida por el tribunal⁶⁶.

Ante la inadmisibilidad de la ejecución provisional, y la conveniencia de aplicar desde lo antes posible lo contenido en sentencia, en la práctica se han estructurado soluciones a los problemas que esta limitación plantea, así, hacer efectivo el contenido de la sentencia mediante el auto resultante de la oposición al auto de medidas provisionales —este es el caso de los Juzgados de Familia de Madrid, que por sucesivos acuerdos con los abogados de Madrid han eliminado la posibilidad de ejecución provisional—, retrasándose la resolución de la oposición hasta el momento de dictar sentencia, con lo que dictan a la vez la sentencia de separación y el

⁶⁶ BAYO DELGADO, «Problemas subsistentes en derecho de familia»; *Jueces para la democracia*, 1997, noviembre, n.º. 30, págs. 36 y ss.

auto de resolución del recurso, conteniendo ambas decisiones las mismas medidas⁶⁷.

Uno de los problemas que presenta la ejecución provisional es la ausencia de normas procesales concretas, reguladoras de la ejecución de sentencias y demás resoluciones susceptibles de ejecución, subsanado parcialmente en la nueva LEC⁶⁸.

La única referencia a la ejecución de sentencia la encontramos en el artículo 90 del Código civil, que recoge las características del convenio regulador preceptivo en los procedimientos de mutuo acuerdo, señalando que “*Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio*”, mención insuficiente e inviable⁶⁹ para algunas de las medidas contenidas en el convenio, como puede ser el régimen de visitas, o la entrega del menor, entre otras, ya que no se conseguirá el cumplimiento de estas obligaciones por medio de esta coacción judicial, encaminada a la realización de obligaciones de contenido económico.

Por esta falta de normas, ha de acudirse a los trámites generales para ejecución de sentencias, contenidos en la LEC, en el Título VIII del Libro II, titulado “*De la ejecución de las sentencias*”, los cuales se presentan también insuficientes para conseguir el cumplimiento *in natura* de las

⁶⁷ Esta es la solución práctica que defiende VEGA SALA, *Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio*,..., ob. cit., pág. 27 y ss., ya que considera que existe un auténtico problema humano debajo del planteamiento jurídico, pero que el legislador no permite resolver con la ejecución provisional, así como GONZÁLEZ VICENTE, en entrevista en septiembre de 1998.

PEREDA GÁMEZ; *La ejecución de las sentencias*..., ob. cit., pág. 36, magistrado de la AP de Barcelona, también aboga por la misma solución, que incluso amplía hasta el punto de admitir modificación de medidas una vez dictada la sentencia, o la utilización de medidas cautelares en caso de urgencia, con las que se podría modificar cualquier pronunciamiento.

⁶⁸ CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC*..., ob. cit., pág. 590, denunciaba la falta de regulación especial en relación con el anteproyecto de las especialidades de la ejecución provisional —como es el caso de las resoluciones de crisis familiar, si bien, a partir del Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior de 28 de julio de 1999 se recogió, a instancias del grupo socialista, especialidades en la ejecución.

⁶⁹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución de resoluciones judiciales en los procesos matrimoniales», en *Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de derecho judicial*, 1992, pág. 487.

obligaciones que forman las medidas de carácter personal, e incluso de aquellas que tienen un contenido económico⁷⁰.

La ejecución provisional podrá ser solicitada por la parte apelada, así como por la apelante en relación con las cuestiones que no forman parte del objeto del recurso, pues entendemos que los pronunciamientos que se recogen en la sentencia gozan de cierta independencia, y que, ha de tenerse en cuenta en este sentido que existen casos de regulación concreta de ejecución provisional parcial en la LEC; así, los artículos 1659 y 1685.

Como es sabido, en el sistema actualmente vigente de ejecución provisional, *ope legis* en lo relativo a pronunciamientos que obliguen al pago de cantidades dinerarias, y *ope iudicis* en lo referente a todos los pronunciamientos en general, establece un sistema de afianzamiento para asegurar el resarcimiento en el caso de revocación de la ejecución (art. 385).

La fianza realiza una función de garantía, que está ligada íntimamente al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española⁷¹, puesto que permite la restitución a la situación anterior a la ejecución provisional, mas dicha constitución no se presenta como elemento esencial de la ejecución provisional, por lo que se puede cuestionar su concurrencia en las ejecuciones en materia de familia

Como señala CABALLOL, la constitución de fianza se encuentra ligada a la concesión de la ejecución provisional *ope iudicis*; mientras que

⁷⁰ Por el contrario, SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit., pág. 505, considera que sólo podrá solicitar la ejecución provisional la parte apelada, y en ningún caso la apelante, aunque existan pronunciamientos en la sentencia que dicha parte desee que sean ejecutados, existiendo esta limitación a causa de que la unidad de la sentencia no admite una división de estos efectos.

⁷¹ La fianza es una garantía que impide la indefensión del ejecutado provisionalmente; CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil...*, ob. cit., pág. 211, señala que *sólo excepcionalmente puede el legislador dispensar la constitución de fianza, en supuestos en que el interés particular afectado sea fundamental en el sistema o en que exista un interés público en la eficacia de aquella resolución asumiendo el Estado esta función de garantía.*

cuando la ejecución provisional es concedida por la ley, no hay necesidad de prestar fianza⁷².

La ejecución provisional de las medidas definitivas a ejecutar sería *ope legis* en lo relativo a las cuestiones económicas y *ope iudicis* en relación con el resto de las medidas, exceptuando el pronunciamiento principal, que no es en ninguno de los casos ejecutable.

Así, en principio sería posible exigir fianza ante la ejecución provisional de cualquiera de las medidas, sin embargo, en este punto interviene un elemento perturbador, que es el interés público y el carácter especial del ámbito en el que se han de ejecutar las resoluciones hacen imposible la exigibilidad de fianza.

La ejecución de un pronunciamiento de carácter personal, no podrá, salvo en contadas ocasiones, producir un daño valorable patrimonialmente ante la resolución contraria en la segunda instancia, con lo que la prestación de fianza carecería de sentido, y, en cuanto a las cuestiones de naturaleza patrimonial, tampoco se justifica el afianzamiento, pues, en el caso de la medida de alimentos, por la propia naturaleza urgente del derecho de alimentos, y realizando además una analogía con lo establecido para los alimentos provisionales del art. 1615 LEC⁷³.

En relación con la medida que conceda el uso de la vivienda familiar, sería posible que para su ejecución fuera exigible la prestación de fianza, siempre que no hubiera sido adjudicado teniéndose en cuenta el superior interés del menor, por tratarse de una medida con resonancias patrimoniales y que puede producir un enriquecimiento a la parte favorecida con la ejecución, que posteriormente se considera injusto, y un correlativo

⁷² CABALLOL ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil...*, ob. cit., pág. 210. (si bien se distingue también entre la ejecución provisional *ope legis* y la ejecutabilidad provisional *ope legis*: la primera se correspondería con la admisión del recurso en un solo efecto, y impediría la intervención judicial en el sentido de fijar fianza o suspender la ejecución, la segunda sí da lugar a este tipo de actuaciones por parte del juez: este sería el caso de las resoluciones que condenen al pago de una cantidad líquida, que, de acuerdo con el artículo 385 LEC son ejecutables si se solicitan).

⁷³ FONSECA-HERRERO, *Ejecución...*, ob. cit., pág. 538.

empobrecimiento del ejecutado⁷⁴, si bien se puede entender que forma parte del derecho a percibir alimentos (art. 142 del Código civil, que señala que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica), y así, sólo sería concebible la exigencia de afianzamiento cuando se desearan ejecutar contenidos de la sentencia no afectados por un especial interés público o social, tal como ocurre con la medida de pensión compensatoria, de carácter privado en cuanto a sus principios rectores, o la medida que otorga el uso de la vivienda familiar en el caso de no existir hijos menores o un cónyuge necesitado⁷⁵.

En cuanto al derecho comparado, las "provvedimenti presidenziali" italianas son vigentes hasta la firmeza de la sentencia, o hasta la declaración de ejecución provisional de la misma, salvo en lo relativo a las medidas definitivas de contenido económico, que son siempre provisionalmente ejecutivas⁷⁶, en el sistema francés se permite la ejecución provisional de las medidas accesorias del divorcio (art. 1083), salvo la relativa a la prestación compensatoria (art. 1080.1 NCPC), y en el derecho belga la resolución de

⁷⁴ MUÑIZ MENERO, *La ejecución provisional...*, ob. cit. pág. 317, considera admisible la exigencia de fianza como presupuesto de la ejecución provisional de las medidas, mas sólo en aquellas que tengan un contenido patrimonial, y de manera proporcionada a la naturaleza de las necesidades a cubrir con la medida.

⁷⁵ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit. pág. 505, realiza una analogía con el juicio de alimentos provisionales regulados en el art. 1615 de la LEC, en el que no se precisa afianzamiento puesto que la resolución que otorgara alimentos provisionales es recurrible en un solo efecto, y ALEGRET BURGUET, *Problemática...*, ob. cit., pág. 320, estima que será precisa sólo en el caso de que no existan menores y el hogar conyugal perteneciera al cónyuge no beneficiado por la medida, además de cuando se quiera efectuar la ejecución provisional de una medida de pensión compensatoria, y ESPINOSA LOZANO, *Problemas procesales...*, ob. cit., p. 192, concreta que sólo ante la ejecución provisional de las medidas de pensión compensatoria o del régimen de disfrute de la vivienda sería susceptible de solicitud de fianza.

⁷⁶ "...(i provvedimenti presidenziali)..., essendo immediatamente esecutivi, conserveranno tuttavia la loro efficacia fino al passaggio in giudicato della sentenza o della dichiarazione di provvisoria esecutorietà della stessa. Solo per i provvedimenti di carattere economico (ad esempio l'assegno) la sentenza è sempre provvisoriamente esecutiva." RAGOZZINO y GUERRERI, *Separazione...*, ob. cit., pág. 42.

medidas provisionales tiene efectos hasta la transcripción por el oficial del estado civil de la resolución autorizando el divorcio⁷⁷.

1. 2. 2. 3. La cuestión en la nueva LEC de 2000

En cuanto a la nueva LEC, este problema no surge en principio, pues aunque en la regulación concreta de los procesos matrimoniales se establece en el artículo 773.5 que las medidas provisionales son sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia, o quedan sin efecto cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo -lo que nos situaría en principio en la misma situación que ante la legislación vigente-, en el artículo 774.5 en relación con las medidas adoptadas en el proceso contencioso, y en el 777.8 para las medidas adoptadas en el proceso de mutuo acuerdo se dispone que los recursos que se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas⁷⁸, por lo que entendemos que el recurso será admitido en un solo efecto en lo atinente a las medidas, siendo exigibles éstas desde que se dicten, y distinguiéndose dicho momento del de la ejecución forzosa.

Así, inferimos que , la referencia del artículo 525 de la nueva ley a la exclusión de la inejecutabilidad provisional de los pronunciamientos de contenido patrimonial no tiene trascendencia, ya que, en la regulación concreta del proceso matrimonial se va aún más allá, decretando la efectividad inmediata de las medidas definitivas, es decir, que se introduce un sistema de ejecución provisional *ope legis*, que supone la falta de necesidad de solicitud para la eficacia de la medida, así como la

⁷⁷ Cass. b., 30 avril 1964, et concl. Du min. Public P., 1964, I, 922 Les Codes Belges, Bruyant.

⁷⁸ Esta referencia fue incluida tras las observaciones en este sentido del informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el anteproyecto.

Además, tras la aprobación por el Pleno del Congreso del Dictamen de la Comisión, se incluyó en los artículos 776.5 y 778.8 del proyecto la declaración de firmeza del pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio cuando la impugnación de la sentencia sólo afecte a los pronunciamientos de medidas.

imposibilidad de que el juez impida dicha eficacia, contrariamente a lo que ocurre cuando el pronunciamiento es ejecutable *ope legis*.

Tampoco será posible exigir fianza, ni la reversión a la situación anterior a la ejecución cuando la sentencia de segunda instancia contradiga lo recogido en la de primera instancia, pues el sistema establecido otorga eficacia directa a las medidas incluidas en la sentencia, a diferencia del sistema de ejecución provisional, que funciona como una excepción a la ineficacia de la resolución no firme, por lo que podemos hablar de un sistema de eficacia directa o de admisión del recurso contra la sentencia en un efecto en lo relativo a los pronunciamientos secundarios o de medidas en el proceso matrimonial.

Nos encontraremos por lo tanto ante sentencias en las que se distinguirán diferentes pronunciamientos a efectos de determinar su eficacia en el tiempo: en la misma sentencia recurrida en apelación se contendrán resoluciones no ejecutables provisionalmente en ningún caso, es decir, aquellas atinentes al estado matrimonial, y otras de eficacia inmediata, como son las medidas definitivas, ejecutivas provisionalmente *ex lege* de acuerdo con lo señalado en el artículo 774.5.

2. Eficacia de las medidas provisionales en general

2.1. Eficacia inmediata

Una de las características esenciales de las medidas provisionales es su eficacia directa, pues ello dimana directamente de su función de otorgar protección jurídica a determinada situación en tanto no se conceda la tutela definitiva a través del pleito principal⁷⁹.

La eficacia inmediata de las medidas provisionales se ha establecido expresamente declarando irrecurrible la resolución que la contenga, o bien que el recurso contra ésta tenga un solo efecto, el devolutivo.

⁷⁹ RAMOS MÉNDEZ, «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», *Justicia* 85, nº. I, pág. 76, apunta que “las medidas cautelares se instrumentan en función

En este sentido, en el artículo 1428 de la LEC de 1881 se concreta que el auto que recoja las medidas será apelable en un solo efecto, y en el 735 de la nueva LEC se indica que contra el auto que acuerde las medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

Las limitaciones a la eficacia que pueden tener relevancia en el ámbito de las medidas provisionales en el proceso de familia distinto del matrimonial o de menores de la nueva ley son, para las previas, la falta de presentación temporánea de la demanda principal, y, para las provisionales en general, la finalización del proceso principal.

2.2. Falta de presentación temporánea de la demanda

Como se señala en el artículo 1428 de la LEC de 1881, la demanda ha de interponerse dentro de los ocho días siguientes a la concesión de las medidas, mientras que en el 730 de la LEC de 2000 se indica un plazo de veinte días después de su adopción.

Entendemos que aunque en el art. 1428 no se concrete, la falta de presentación tempestiva de la demanda ha de producir la extinción de la medida cautelar, al no concurrir la característica esencial de la instrumentalidad⁸⁰, cuya exigencia hasta entonces quedaba en suspenso.

La falta de eficacia de la medida no se puede producir automáticamente, sino que es preciso que la autoridad judicial, de oficio, o a instancia de parte⁸¹, expresamente la alce, con efectos desde el momento en el que cumplía el plazo para presentar la demanda⁸².

de un proceso principal para paliar los riesgos de la duración del mismo". En el ATC 201/1992 existe referencia a la naturaleza ejecutiva de las medidas cautelares.

⁸⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción de medidas...*, ob. cit., pág. 125.

⁸¹ SERRA, *Las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos); Barcelona: 1974, pág. 104; considera que no es precisa la petición del afectado para que la medida cautelar quede sin efecto.

GASCÓN INCHAUSTI, *La adopción...*, ob. cit., pág. 126, señala además que en la práctica se suele conceder un plazo prudencial desde que se concluyó el de presentación de la demanda dada la lentitud de la tramitación de los escritos en los Juzgados..

⁸² *Ibidem*, pág. 125.

En relación con la condena a indemnizar por daños y perjuicios al solicitante, predicable respecto de las medidas de carácter patrimonial, aunque no expresamente recogido en el artículo 1428 de la LEC, entendemos que no es exigible respecto de las medidas cautelares adoptables en los procesos de familia, pues falta el componente económico susceptible de compensar. Por el contrario sí consideramos que es posible, o incluso preceptivo condenar en costas al solicitante, pues el gasto que se haya producido al que soportó la medida no debe ser asumido por éste.

De acuerdo con el contenido del artículo 730 de la nueva ley, de no presentarse la demanda en los veinte días ante el mismo tribunal, éste, “de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido el sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas”, sin embargo, entendemos que ha de hacerse la misma puntualización que a la legislación vigente, excluyéndose la condena al pago de daños y perjuicios, por la especialidad de la materia, no mensurable económicamente.

2.3. Finalización del procedimiento principal

En el artículo 731 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil se especifica que no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, salvo que la resolución sea condenatoria, caso en el que se conservarán hasta 20 días tras la comunicación al ejecutado, plazo en el que habrá de solicitarse la ejecución. En el mismo sentido, en el artículo 744 se aclara que absuelto el demandado el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas adoptadas.

Sin embargo, es posible que se mantenga aunque sea contraria a lo recogido en la sentencia de primera instancia, si el recurrente solicita su mantenimiento y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias y previo aumento de la caución, considera procedente la petición, de acuerdo con lo indicado en el artículo 744. Sin embargo,

entendemos que el requisito del aumento de la caución no debe ser exigible en estos procedimientos.

2. 4. La sustitución de las medidas provisionales por las definitivas: la ejecución provisional de los pronunciamientos definitivos.

Como ocurre con las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores, en ocasiones en la sentencia que pone fin a la primera instancia se pueden contener medidas definitivas con un contenido análogo a las provisionales. En este punto, se plantea la posibilidad de sustitución de las medidas a través de la ejecución provisional.

a) En la LEC de 1881

En relación con la legislación vigente, no existe diferencia entre las medidas de los procesos matrimoniales y el resto de medidas, fuera de la referencia a la imposibilidad de ejecutar provisionalmente del art. 385 las sentencias recaídas en juicios que versen sobre divorcio o estado civil, que no tiene relevancia en cuanto a estas medidas, por lo que lo indicado en cuanto a la ejecución provisional de las medidas de los procesos matrimoniales será aplicable.

b) En la LEC de 2000

En relación con el resto de medidas provisionales diferentes a las de los procesos matrimoniales y de menores, el sistema será ya no de eficacia directa, como ocurre respecto de dichas medidas, sino de ejecutabilidad provisional, en el que se precisa la solicitud de parte para la exigibilidad anticipada de los pronunciamientos no firmes, y en el que se pueden distinguir, entre las medidas provisionales, los de contenido patrimonial, ejecutables en todo caso y con efecto desde su evacuación, y los de medidas de contenido no patrimonial, que podrían no ser ejecutadas provisionalmente por la vía de la oposición a la ejecución, cuando se alegara y el juez estimara que dicha ejecución pudiera arrojar perjuicios

irreparables a una de las partes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 528

En la nueva LEC se establece como regla general la inexigibilidad de prestación de fianza para la ejecución provisional, pudiéndose pedir afianzamiento únicamente cuando el ejecutado formule oposición a la ejecución de resoluciones de condena no dineraria por entenderse que las actuaciones ejecutivas causarían una situación imposible de restaurar o compensar (artículo 528.2.2º. en relación con el 529.2 y 530.2), con lo que únicamente sería posible la exigencia de caución en los casos de ejecución provisional de resolución de contenido no patrimonial que pudiera producir graves perjuicios al ejecutado, y entre las medidas que estudiamos, no tienen contenido patrimonial las medidas de guarda y régimen de visitas, las cuales, por su naturaleza, impiden la prestación de caución.

Es sabido, de acuerdo con lo señalado por la exposición de motivos, que la finalidad del legislador ha sido introducir la *ejecutabilidad provisional ope legis*, limitando las posibilidades de inejecución de los pronunciamientos recurridos, pues en el art. 527.3 se especifica que “solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se tratare de sentencia comprendida en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante”⁸³.

En cuanto a los poderes del juez ante la ejecución provisional, en principio quedarían circunscritos a la comprobación de la no concurrencia de los elementos limitadores recogidos en la ley que impedirían la ejecución provisional, es decir, los señalados en el artículo 525, entre los que no se incluye la irreversibilidad de lo ejecutado, que produzca un daño irreparable, con lo que el juez habrá únicamente de comprobar que el supuesto de hecho no se inscribe en los excluidos y despachar la ejecución.

⁸³ Tanto en la memoria justificativa como en la exposición de motivos se señala la voluntad de generalizar la ejecución provisional de las resoluciones dictadas en primera instancia, sin necesidad de prestar fianza ni caución, optando por la confianza en la impartición de justicia en primera instancia. Memoria justificativa, apartado VIII, exposición de motivos, apdo. XVI.

Esta es la configuración lógica de un sistema de *ejecutabilidad provisional ope legis*, y, en principio, la exclusión de ésta sólo va a estar limitada a los casos recogidos por la ley (sentencias dictadas en procesos sobre estado civil, sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad, que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial, así como sentencias extranjeras no firmes), mas esto quedará en la práctica atemperado con el sistema establecido de oposición a la ejecución: de acuerdo con el artículo 528, para el caso de sentencias de condena no dineraria⁸⁴, la oposición podrá fundarse en la imposible o extrema dificultad de restaurar la situación anterior o compensar al ejecutado, y el artículo 530, relativo a la decisión sobre la oposición a la ejecución provisional, se introduce la posibilidad de que el juez establezca la necesidad de prestar caución, si se considera suficiente, e incluso de dejar en suspenso la ejecución, subsistiendo las medidas de garantía que se estime.

3. Ejecución forzosa de las medidas provisionales

3. 1. La ejecución en materia de familia

Ante el incumplimiento voluntario de las medidas provisionales y la consecuente ejecución forzosa de la resolución que las contenga, podemos distinguir los pronunciamientos de carácter económico del resto, que normalmente serán de naturaleza personal. Mientras que las medidas de contenido económico pueden ejecutarse siguiendo las normas generales de ejecución, las segundas, que además son las más trascendentes en el sistema de relaciones familiares, son de difícil constricción al cumplimiento.

La realización de las obligaciones de contenido patrimonial, como el pago de la pensión o la de entrega de la vivienda familiar, entrega de bienes, determinación del régimen de administración de determinados

⁸⁴ La oposición a la ejecución dineraria sólo es posible en lo relativo a actuaciones ejecutivas concretas (art. 528.3).

bienes, o medidas aseguratorias, no ofrece especialmente dificultad, pues se trata de medidas que pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad del obligado, mas aquellas otras de carácter personalísimo como las de guarda de los menores y el régimen de visitas establecidos entre éstos y el padre no guardador, que dependen para su ejercicio de la voluntad de los padres de tal forma que la voluntad obstaculizadora de uno de ellos puede hacer imposible la ejecución en sus términos de la medida.

En el derecho vigente, no existen normas específicas de ejecución para las resoluciones de carácter matrimonial, por lo que habrá de acudir a las normas generales sobre ejecución de sentencias de la LEC, en los artículos 919 y ss., mientras que por el contrario, en la nueva LEC de 2000, finalmente se han recogido normas específicas de ejecución de las resoluciones de familia en el art. 776⁸⁵.

En la ejecución de resoluciones que afectan las relaciones familiares, cuyo contenido esencialmente no es de carácter patrimonial y cuya eficacia es diferida en el tiempo, por tratarse de pronunciamientos de tracto sucesivo, surge el problema de la “elección del medio ejecutivo”⁸⁶; la obligación de entregar a un menor, por ejemplo, no puede situarse en el mismo ámbito ejecutivo que una obligación de entregar un bien mueble, por lo que el juez deberá seleccionar los medios ejecutivos más adecuados para cada obligación, y por ello la ejecución no puede ser ciega o automática.

No existen tampoco, como indica ORTELLS, medios adecuados para la ejecución forzosa de las medidas cautelares⁸⁷, que podrían ser útiles para aplicarlos a la ejecución de las medidas.

⁸⁵ El GS en su enmienda n.º. 678 presentada en el Congreso pretendía la inclusión de normas específicas de ejecución. No han sido recogidas, por el contrario las referencias sobre ejecución en materia de familia consistentes en la ejecución de oficio de las resoluciones, o el establecimiento de un fondo alimentario que se subrogue en la posición del acreedor de pensiones alimenticias, o la investigación de oficio del patrimonio del obligado. Boletín Oficial del Congreso, 26 de marzo de 1999.

⁸⁶ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución de sentencias*,..., ob. cit., pág. 44.

⁸⁷ Las formas de ejecución forzosa de medidas cautelares y de sentencia tienen las mismas carencias en relación con la falta de aseguramiento del cumplimiento de la obligación o medida *in natura*; ante la insuficiencia de lo regulado en las medidas

Entre los potenciales medios encaminados a conseguir la ejecución *in natura* de las obligaciones recogidas en las medidas, han apuntado numerosos autores que serían útiles medidas sancionatorias penales, como la iniciación de proceso penal por desobediencia⁸⁸ o no penales que pudiera imponer el juez que acordó la medida, como un sistema de multas coercitivas para el cumplimiento forzoso de resoluciones judiciales⁸⁹.

Siguiendo esta línea, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se normaliza un sistema de ejecución forzosa no dineraria, señalándose en su

cautelares, la ejecución de éstas sigue las normas de las ejecuciones de sentencias; *“Medidas de embargo preventivo, de secuestro de bienes, de asientos registrales, pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad del afectado. Pero las de cesación, suspensión o prohibición provisional de actividades necesitan que el sujeto pasivo pliegue su voluntad a cumplirlas y, en defecto de ello, unos medios que le compelan a plegarla. En este punto, ni la reforma del art. 1.428, ni los preceptos específicos sobre tutela cautelar en ciertas materias, han ido acompañados de una regulación suficiente que permita evitar los medios previstos por LEC para la ejecución de sentencias, y, particularmente en este caso (art. 925 LEC), el fracaso de tener que admitir que la infracción del mandato de no hacer conduce a sustituir la prestación específica por una indemnización de daños y perjuicios.... Con cierto optimismo, algunos autores hemos sostenido que caer en la aplicación supletoria de aquellas normas de LEC no es inevitable. Para la ejecución de las sentencias sí, porque el art. 923 lleva de la mano a los medios establecidos “en los artículos que siguen”. Para la ejecución de las medidas cautelares no, porque el art. 1428 se refiere, más abiertamente, a las medidas que fueren necesarias. Debo reconocer, no obstante, que además del absurdo de admitir mayor efectividad para la ejecución de la resolución cautelar que para la de la sentencia principal, es difícil concretar qué medidas tendría el juez la potestad de aplicar. Dejando aparte la iniciación de proceso penal por desobediencia, sería útiles medidas sancionatorias no penales que pudiera imponer el propio juez que acordó la medida. Como estas medidas no están específicamente previstas y está proscrita la analogía en materia sancionatoria las posibilidades quedan muy reducidas”*; ORTELLS RAMOS, «Propuestas para la reforma cautelar en el proceso civil», *Actualidad Civil*, n.º. 43, noviembre de 1996, pág. 929.

⁸⁸ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit., pág. 487, propugna la introducción de medios compulsorios adecuados, de carácter incluso penal para los casos de grave o reiterado incumplimiento de las determinaciones judiciales, ya que nos movemos en un campo en el que se dispensa una fuerte protección pública a los intereses en juego.

Véase apartado correspondiente al aseguramiento de la ejecución.

⁸⁹ ORTELLS RAMOS, «Propuestas...», pág. 929. Como señala ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes: Su aplicación en el derecho español*; Madrid: 1985, pág. 133, la regla que indica el artículo 923 LEC, que recoge los modos de ejecución forzosa de las obligaciones, claramente se refiere a los trámites de los artículos siguientes, con lo que se estaría excluyendo otros institutos diferentes a los descritos en dichos artículos posteriores, los cuales no persiguen la ejecución *in natura* de las obligaciones, por lo que la aplicación de las *astreintes* u otros mecanismos procesales de intimación al cumplimiento de lo debido, sin una modificación normativa, sería legalmente incorrecta.

artículo 699, relativo al despacho de la ejecución, que en el requerimiento de cumplimiento, podrá apercibir el tribunal al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.

Esta introducción de elementos que constriñan al obligado al cumplimiento parece una vía abierta para la aplicación de las multas a las que nos referíamos. Más concretamente, en el artículo 709 del mismo texto, se establece la posibilidad de que el juez, ante el incumplimiento de un hacer personalísimo, apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevar a cabo la obligación una vez transcurrido el plazo establecido para el cumplimiento, con un máximo de un año, transcurrido el cual se proseguirá la ejecución para cumplir la obligación de una manera genérica, por medio de una indemnización.

En cuanto a las obligaciones de no hacer, también se establece un sistema de meses multa por cada uno que transcurra sin deshacer lo hecho indebidamente, y en el artículo 711, finalmente, se ordena la cuantía de las multas coercitivas, que tiene como referencia el valor de la obligación, que en el caso de las ejecuciones no dinerarias será de difícil determinación.

En cuanto a las especialidades en materia de ejecución de resoluciones matrimoniales y de menores de la nueva ley, se reglan en el artículo 776, indicándose que la limitación de las multas periódicas a un año no es vigente en este ámbito, y que el incumplimiento tanto por parte de los padres de las medidas de guarda y régimen de visitas podrá suponer la modificación de dichas medidas, lo cual significa una que se da carácter de forma objetivo de causa de modificación de las medidas por variación de las circunstancias. Esto es, se está atribuyendo al incumplimiento el carácter de alteración de las circunstancias suficiente como para dar lugar a la modificación de las medidas.

En realidad, este precepto servirá sobre todo de elemento admonitorio, de prevención general, pues advertirá a los progenitores de las consecuencias del incumplimiento, y dado que se ha eliminado la limitación

general del año para los procesos matrimoniales, estaríamos ante una verdadera *astreinte*.

En cuanto a la aplicabilidad de estos preceptos especiales a otras resoluciones distintas de las medidas provisionales de los procesos matrimoniales y de menores, entendemos que es posible, ya que se trata de una adecuación de las normas generales de ejecución forzosa a la materia familiar, y que por lo tanto son susceptibles de aplicación cuando la resolución a ejecutar tenga contenido familiar, es decir, que incida sobre las relaciones familiares.

Por otra parte, ya hemos dicho que la finalidad de la ejecución en el ámbito de los procesos matrimoniales ha de ser el cumplimiento *in natura* de las obligaciones, repeliendo la conversión a indemnización por daños y perjuicios, ya que una vez causado el perjuicio al cónyuge acreedor o a los descendientes, es difícil si no imposible el resarcimiento económico⁹⁰.

3. 2. Especialidades de ejecución de medidas concretas

3. 2. 1. Ejecución de la medida de la guarda de los menores

Una vez designado uno de los cónyuges titular de la guarda y custodia de los menores, es posible que éstos se encuentren en poder del otro progenitor, o de un tercero, y que la entrega de dichos menores al titular de la guarda no se produzca voluntariamente.

Ante el incumplimiento voluntario de la entrega del menor por parte del cónyuge no custodio al así designado por el juez, se presentaría necesaria la ejecución forzosa.

En nuestro ordenamiento no existe la medida de la entrega del menor específicamente regulada entre las medidas provisionales del Código civil, a

⁹⁰ Señala PEREDA GÁMEZ, *La ejecución de sentencias matrimoniales...*, ob. cit., pág. 56, que nuestro sistema de ejecución es demasiado patrimonialista, como consecuencia de los antecedentes romanos y en contra de la tradición canonicista que en materia de familia hubiera sido mejor recibida.

En este sentido, el artículo 777 bis del proyecto indica que no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo.

diferencia del sistema alemán⁹¹, sino que la entrega surge como un efecto de la medida de guarda.

Es difícil lograr la efectividad de la medida por medio de los instrumentos legales tradicionales de la ejecución forzosa, que deberían ser modificados al menos en lo relativo a materias tan especiales como la de familia.

Los medios de resistencia legal del guardador de hecho son muy limitados, al menos ante un pronunciamiento de un juicio matrimonial, en el que es posible que ni tan siquiera sea parte. La única vía posible de resistencia legal será la introducida de acuerdo con el artículo 158 del Código civil, que permite adoptar las medidas necesarias para evitar perturbaciones en el cambio de guarda, y en general, medidas tendentes a evitar perjuicios al menor, para cuya solicitud estarán legitimados los mismos menores, los padres, el Ministerio Fiscal e incluso cualquier pariente, y que puede permitir la modificación de un pronunciamiento de guarda firme⁹².

Encontramos que se trata de una obligación de hacer, como señala acertadamente VILLAGÓMEZ CEBRIÁN⁹³. A partir de esta obligación debemos distinguir entre aquellas en las que el juez puede sustituir la actividad de la parte, de aquellas en las que el hacer es no fungible, como señala TAPIA. Existirá imposibilidad jurídica si la conducta debida es infungible o personalísima, y el ordenamiento no goza de los medios suficientes para que el deudor doblegue su voluntad y cumpla con su obligación. Si la obligación es sustituible, no entrará en juego la imposibilidad jurídica de la restitución *in natura*, como consideramos que

⁹¹ En el artículo 620 I.3 ZPO se regula la medida de entrega del menor.

⁹² El auto de la AP de Madrid de 18 de febrero de 1997 (AC 1997/281) permitió la modificación en ejecución de sentencia de la medida de guarda.

⁹³ Este autor recoge la discusión existente en Italia sobre si corresponde aplicar la normativa de ejecución forzosa de obligaciones de hacer, o bien la de ejecución de dar cosa específica o cosa determinada, saldándose a favor de la primera, ya que *se parte de que el objeto de la ejecución no es en sí el menor, sino el hacer a que está obligado el que tiene que ejecutar la entrega*. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...* ob. cit., pág. 236.

ocurre en el caso de la medida de entrega; *“el juez ejecutor podrá sustituir con su conducta la conducta del deudor para satisfacer específicamente el interés del acreedor”*⁹⁴.

Se aplicarían los trámites generales para la ejecución forzosa de este tipo de obligaciones recogidos en el artículo 924.1 LEC, como son el señalamiento de un plazo de cumplimiento, tras el cual, si no se cumplió la obligación, mandará que se cumpla a su costa la entrega del menor⁹⁵, o las normas de la nueva LEC, concretamente el artículo 776, que establece la imposición de multas coercitivas si entendemos que se trata de una obligación de hacer de carácter personalísimo, aunque como entendemos que es una obligación de dar, la norma a seguir para la ejecución será la del artículo 701, sobre entrega de cosa mueble determinada, aunque con las especialidades oportunas, dado que no se trata de una cosa lo que se ha de entregar, sino una persona, además de la regulada en el artículo 776.3, que señala como consecuencia del incumplimiento la posibilidad de cambios en cuanto a la guarda o el régimen de visitas.

El cumplimiento a costa del deudor, en este caso de entrega del menor, se hará por medio del Asistente Social del Juzgado, o con la intervención de la Policía Judicial⁹⁶, los cuales recogerán al menor y lo entregarán al cónyuge custodio⁹⁷. La mayor parte de la doctrina se

⁹⁴ TAPIA FERNÁNDEZ, *Las condenas no pecuniarias: ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer*; Palma de Mallorca: 1984, pág. 18 y ss.

⁹⁵ Señala PEREDA GÁMEZ, *La ejecución de sentencias matrimoniales...*, ob. cit., pág. 59, que el requerimiento ha de realizarse personalmente al obligado y en forma categórica y terminante, para que cumpla los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la apreciación del delito de desobediencia.

⁹⁶ La Policía Judicial en numerosas ocasiones ha de localizar primeramente al menor, en los casos de secuestro de menores, de acuerdo con la orden de busca o averiguación de paradero, e incluso controlar el cumplimiento de la prohibición de salida del territorio nacional al menor.

⁹⁷ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit., pág. 480, indica que esta forma de ejecución no presenta problemas.

manifiesta contraria a la intervención de estas instituciones⁹⁸, prevista en el art. 701.1 de la LEC de 2000, y posiblemente sería más adecuado el desplazamiento de la supervisión de la ejecución a los servicios sociales, con intervención si es necesario de las fuerzas del orden⁹⁹.

Aparejada a esta ejecución forzosa, y como castigo para el progenitor contumaz, podrá éste ser procesado por el delito de desobediencia, mas como decíamos, sería más conveniente la utilización de las sanciones del artículo 776, con el fin de evitar la intervención de terceros en el ámbito de las relaciones con los hijos.

Mayor problema existe cuando los menores hayan sido llevados al extranjero por el padre no titular de la guarda, con anterioridad o no al proceso matrimonial o al establecimiento de medidas, situación en la que entrarían en juego el convenio internacional sobre secuestro de menores de la Haya de 1980 o Europeo sobre reconocimiento y ejecución en materia de custodia de menores del mismo año¹⁰⁰.

Otro punto importante en relación con la ejecución de las medidas es la posibilidad de modificación en sede de ejecución de las medidas que afecten a los menores, a la que ya nos hemos referido, en aplicación del artículo 158 del Código civil, con la que no estamos de acuerdo, y que parece muy extendida en la práctica.

⁹⁸ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 59, se manifiesta en contra de dicha participación, puesto puede enconar las posiciones de los progenitores, y no soluciona el problema de fondo.

⁹⁹ CARPI, *La justice en matière familiale en Italie*, en *Familles et Justice*; Paris: 1997, pág.134, apunta que en Italia el debate científico tradicional sobre el tipo de ejecución forzosa aplicable a estas cuestiones ha acabado desplazándose al debate sobre el órgano que controla la ejecución de la decisión judicial, y que de acuerdo con el decreto del presidente de la república nº. 616/1977 es el tribunal para niños el competente para ello, pudiendo decidir que sean los servicios sociales los encargados de la ejecución de la guarda de un niño menor de edad, recurriendo si es necesario a la fuerza pública. Señala el mismo autor que este tipo de ejecución es muy delicada, y que las personas encargadas de ella sufren la preocupación moral de producir efectos aún más dramáticos que la situación vivida por el menor hasta entonces.

¹⁰⁰ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 248 y ss.

Modificar la sentencia en ejecución no es posible, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 18.2 de la LOPJ, en el que se afirma que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos.

El artículo 158 C.c., tras la modificación por la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, faculta al juez a adoptar las disposiciones que considere oportunas para apartar al menor de un peligro, o evitarle perjuicios, en el ámbito de un procedimiento *ad hoc* o dentro de cualquier proceso civil o penal, y en la práctica se ha interpretado este artículo por parte de los jueces como un elemento que justifica cualquier tipo de actuación judicial “en beneficio del menor”.

Que el artículo 158.2 faculte al juez para dictar *las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de la guarda* y que en su último párrafo indique que *todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil, penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria* no significa que esté legitimado para cambiar la medida que otorgue la guarda en sentencia de primera o segunda instancia sin respetar los trámites que expresamente determina la ley, lo que supondría, de hacerse así, la producción de una absoluta inseguridad jurídica¹⁰¹.

Los trámites de ejecución de sentencia no son los adecuados para modificar la medida de que se trate; utilizarlos con tal fin amparándose en el artículo 158 C.c. es una desproporción que no debe admitirse, puesto que se prevé la existencia de un trámite de modificación de medidas, el cual podrá utilizarse si hubiera habido realmente un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la medida.

¹⁰¹ ALEGRET BURGÚÉS, *Problemática de la ejecución...*, ob. cit., pág. 321, señala que si la ejecución de lo acordado en medidas provisionales pudiese suponer algún perjuicio a los hijos menores, el juez podrá aplicar lo indicado en el art. 158 C.c.

Fruto de la aplicación del artículo 158 C.c. desmesuradamente, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero de 1997 (AC 1997/281) legitima la modificación de la medida de guarda establecida en sentencia de primera instancia y segunda instancia por los trámites de ejecución de sentencia.

3. 2. 2. Ejecución del régimen de visitas

La ejecución forzosa del régimen de visitas se presenta más complicada: por medio de esta medida se regulan un conjunto de derechos y obligaciones que tienen ambos progenitores sobre los hijos; el cónyuge guardador tiene la obligación de permitir las comunicaciones y las visitas entre los hijos comunes y su padre o madre en los términos establecidos por la medida, y derecho a que sean reintegrados al hogar en dichos términos, mientras que el progenitor no guardador tiene derecho a esas comunicaciones y visitas en los mismos términos, cumpliendo con los límites horarios que se establezcan, además de la obligación de realizar efectivamente las visitas, ya que se establecen por el bien de los menores principalmente.

Se trataría de un grupo de obligaciones de difícil encuadre entre las susceptibles de ejecución; el progenitor no guardador tendría una obligación de hacer, pero de carácter personalísimo, por lo que sería imposible la sustitución del hacer de dicho sujeto; por el otro lado, el cónyuge guardador no debe impedir las visitas, esto sería una obligación de no hacer, cuyo incumplimiento podrá evitarse en determinadas ocasiones por la actividad del juez, y en otras esta sustitución será imposible.

a) Incumplimiento del padre titular de la guarda.

Cuando el incumplimiento se realiza por el progenitor titular de la guarda impidiendo las visitas, se le puede requerir para que cumpla con el régimen de visitas, apercibiéndole de que si no lo hace incurrirá en delito de desobediencia, y, ante su contumacia, podrá el juez remitir testimonio al Juzgado de Instrucción, pero el problema de la entrega del menor seguirá sin resolverse, y las relaciones familiares, en caso de ser condenado el infractor, se entorpecerán aún más.

Una opción es que se fije la entrega de los menores en sede judicial o en otro organismo, so pena de desobediencia, en ocasiones incluso con la

presencia de un psicólogo¹⁰²; otra que el progenitor no custodio acuda a recoger a los hijos acompañado de agentes de la autoridad, o incluso de testigos que le permitan demostrar el incumplimiento de la otra parte del régimen de visitas; a fin de cuentas, existe alguna manera de forzar la ejecución, aunque no en todos sus términos, porque siendo una obligación de tracto sucesivo, y que además incluye situaciones de difícil control, como pueden ser la permisión de las comunicaciones telefónicas o por correo del menor y su progenitor, no puede producirse continuamente la injerencia de las fuerzas del orden o de funcionarios del Juzgado para su buen cumplimiento¹⁰³.

La regulación del cumplimiento de las obligaciones no pecuniarias es en el derecho vigente escasa y deficiente, optándose por la conversión de la obligación en una indemnización, elección que, de aplicarse en la ejecución de medidas derivadas de separación, nulidad o divorcio supondría vaciar de contenido las relaciones familiares que precisamente se quieren salvaguardar. La patrimonialización del incumplimiento, es decir, la indemnización en vez del cumplimiento *in natura* de la obligación de entregar el hijo al guardador, permitir las visitas determinadas por el juez o cumplirlas, es un instrumento rechazado por la doctrina; no se debe admitir la novación de la obligación de guarda o de visitas en otra pecuniaria¹⁰⁴, y no se aplica en la práctica, puesto que no es posible mercantilizar las relaciones personales que son objeto de la medida.

¹⁰² RUÍZ PEÑA, «Las visitas en el derecho de familia: La problemática que plantea su ejecución», en *Ejecución de sentencias Civiles, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, pág. 554.

¹⁰³ Señala MARTINELL, *Procesos matrimoniales civiles: disfunciones y reformas*; Barcelona, 1990, pág. 383, que una medida ejecutiva de esta naturaleza puede tener justificación en un momento determinado, pero que no puede adquirir carta de naturaleza en las relaciones familiares. En el mismo sentido, RUÍZ PEÑA, *Las visitas...*, ob. cit. pág. 556., y DELGADO MARTÍN, «Incumplimiento del régimen de visitas», en *Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, pág. 571. Señalan estos autores que sería positivo el apoyo de equipos psicosociales que posibilitaran la normalización de las relaciones familiares.

¹⁰⁴ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 66.

Sin embargo, sí es posible la indemnización por gastos causados por incumplimientos pasados, como por ejemplo los gastos de reserva que ha efectuado el beneficiario de las visitas para realizar con el menor un viaje, o actividades de otro tipo. También es posible, y en la práctica se realiza, la compensación de los periodos de visita debidos a causa del incumplimiento de la parte guardadora de los menores¹⁰⁵.

ORTELLS y VILLAGÓMEZ abogan por el establecimiento de nuevos medios coercitivos, como las francesas “astreintes”¹⁰⁶, que de hecho introduce la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, o como la suspensión de los alimentos para los hijos ante el impedimento de las visitas, si bien indica que se ha objetado que la heterogeneidad de las medidas no lo permitiría¹⁰⁷, e incluso apunta que los incumplimientos reiterados pueden llegar a justificar la modificación del régimen establecido, desfavoreciendo al progenitor guardador que ha abusado de su posición, entendemos que cambiando la potestad de guarda, lo cual ha sido recogido en el artículo 776.3º. de la nueva LEC.

Señala RUIZ PEÑA a este efecto que es posible realizar esta modificación con carácter provisional durante la ejecución, sin embargo, no podemos estar de acuerdo con ello, principalmente porque se trata de cuestiones de extrema importancia como para tramitarse en dicha instancia¹⁰⁸.

¹⁰⁵ MARTINELL, *Procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 382, así como RUIZ PEÑA, *Las visitas...*, ob. cit., pág. 556 y ss., y DELGADO MARTÍN, «Incumplimiento...», ob. cit., pág. 570.

¹⁰⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 242. CATALÁ COMAS, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*; Barcelona: 1998, p. 115, al estudiar los orígenes jurisprudenciales de las *astreintes*, recoge la sentencia de la Cour de Paris de 13 de febrero de 1877, caso de la princesa de Beaufremont, en la que fue condenada a devolver los hijos a su marido en un determinado plazo y a una multa de 500 francos por día en el primer mes, y de 1000 en el segundo si persistía en el incumplimiento.

¹⁰⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *Las medidas y los efectos...*, ob. cit., pág. 243.

¹⁰⁸ RUIZ PEÑA, *Las visitas...*, ob. cit. pág. 554.

b) Incumplimiento por el progenitor beneficiario del derecho de visita

Cuando es el progenitor no custodio el que incumple el régimen de visitas, no ejerciendo su derecho-deber, se hace imposible de todo punto la ejecución de la medida *en natura*.

Ante los incumplimientos graves o reiterados de los deberes impuestos por la resolución judicial, el artículo 94 del Código civil permite la limitación o suspensión del ejercicio de este derecho¹⁰⁹, que se llevará a cabo, según SIERRA GIL DE LA CUESTA por los trámites establecidos en los artículos 919 y siguientes de la LEC, aplicables a los incidentes que surjan en ejecución de sentencias¹¹⁰, trámite con el que no estamos del todo de acuerdo, ya que en principio existe una normativa especial para las modificaciones de medidas, que ha de ser aplicada, pese a que esta normativa sea poco clara.

Como decíamos, la suspensión del ejercicio del derecho de visita no significa la suspensión del derecho, sino sólo de su ejercicio temporal, hasta que desaparezcan las causas que justificaron su suspensión, factible por procurar el bien del menor¹¹¹.

En relación con el tratamiento penal del asunto, señala SIERRA GIL DE LA CUESTA que ante el incumplimiento, muchos jueces se limitan a

¹⁰⁹ RUÍZ PEÑA, *Las visitas...*, ob. cit., pág. 557, indica que esta norma es acertada, pero que falta una regulación punitiva correlativa para el caso de incumplimiento del otro progenitor guardador. FONSECA-HERRERO, *Ejecución...*, ob. cit., pág. 536 y ss., indica que la limitación del régimen de visitas ha de estar fundada siempre en el incumplimiento de obligaciones que afecten a los hijos y ha de adoptarse en beneficio de ellos, y que los artículos del Código civil 7.1 y 154.1 confirman esta posibilidad, puesto que *el derecho de visitas ha de ejercitarse de acuerdo con las reglas de la buena fe, y que no puede mantenerse, ética y moralmente, la preocupación por unos hijos cuando en la forma dicha (grave o reiterada, y voluntaria) se desatiende la necesidad básica de manutención, y, por otro lado la patria potestad aglutina la relación con los hijos y el alimento de los mismos*.

¹¹⁰ Se presentará un escrito solicitándolo, se dará traslado a la otra parte, y si no hay conformidad se recibirá el incidente a prueba si el juez lo considera necesaria, y se hubiera solicitado, no pudiendo exceder de 20 días el término de prueba; se citará a las partes a una comparecencia, y se dictará auto, apelable en un solo efecto a tenor del art. 949 LEC.

¹¹¹ DELGADO MARTÍN, «Incumplimiento...», ob. cit., pág. 565, señala que parte de la doctrina considera que el derecho de visita está íntimamente relacionado con los derechos de la personalidad, por lo que no puede ser objeto de supresión definitiva.

deducir testimonio de lo actuado, remitiéndolo a la Jurisdicción Penal, para que se incoen las correspondientes actuaciones, lo cual conduce a una inoperancia total¹¹², ya que no soluciona el incumplimiento; simplemente sirve como medida de prevención general y como castigo, pero en sí no produce el correcto cumplimiento de las visitas. Sigue indicando que es más operativo que el juez dé las órdenes oportunas a la Policía Judicial para conseguir el cumplimiento (posible sólo en los casos en que el incumplimiento del beneficiado por las visitas no devuelva a los menores a su guardador) y que si existe resistencia, levante atestado-denuncia y lo remita con el detenido al juez de instrucción.

Entendemos que el incumplimiento no puede derivar en que el obligado pague una indemnización tendente a resarcir los perjuicios causados, ya que es difícil pensar que el incumplimiento de las visitas pueda derivar en un resarcimiento económico; el hijo abandonado sufrirá la falta del progenitor, pero este sufrimiento no puede ser evaluable económicamente¹¹³.

En relación con el incumplimiento del régimen de visitas por la voluntad del menor, el juez tendrá que recabar la ayuda de psicólogos que informen sobre la posibilidad de limitar las visitas, y decidir buscando el beneficio del menor, que muchas veces puede no ser lo que dicte su voluntad.

En la nueva LEC se establecen como consecuencias al incumplimiento del régimen de visitas la posibilidad de modificación del régimen de guarda y visitas de imposición de multas coercitivas por período incluso mayor al año (art. 776).

¹¹² SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución..., ob. cit., pág. 490.

¹¹³ En el mismo sentido, PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 45, "Pero la construcción de la teoría de los actos personalísimos, que gira en cuanto a la ejecución en torno a los artículos 923 y 924 de la Ley Procesal, queda claramente desplazada cuando nos referimos a pronunciamientos familiares. En primer lugar porque se trata de derechos-deberes bilaterales y cuyo contenido no es estrictamente jurídico sino que está teñido de un carácter ético; en segundo término porque el rápido expediente de novar la obligación de hacer en una indemnización de daños y perjuicios no es admisible".

3. 2. 3. Uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario

La ejecución forzosa de la medida de uso de vivienda esta medida se realizará desalojando a aquel de los cónyuges que no ha sido favorecido por la medida.

En relación con la nueva LEC, al tratarse de una medida de contenido económico pero no de pago de cantidad, no se recoge regulación específica de la ejecución en el ámbito del proceso matrimonial, si bien, en relación con las normas generales de ejecución forzosa, en el artículo 703 se regla la ejecución de entrega de inmuebles. En este artículo se indica que si el inmueble cuya posesión se deba entregar fuera vivienda habitual del ejecutado se le dará un plazo de un mes para desalojar, prorrogable por otro mes de existir motivo fundado. Transcurridos los plazos señalados, se procederá de inmediato al lanzamiento, fijándose la fecha de éste en la resolución inicial o en la que acuerde la prórroga¹¹⁴.

Otra cuestión sería el impago por parte del cónyuge propietario de la vivienda de la hipoteca que gravara ésta, que podría producir la ejecución de dicha hipoteca. SIERRA GIL DE LA CUESTA indica que en trámite de ejecución de sentencias es posible instar el cumplimiento de la obligación de pago de hipoteca por medio de lo ordenado en el art. 923 LEC, evitando así que resulte ineficaz el uso y disfrute de la vivienda que le ha sido atribuido en sentencia¹¹⁵.

Por otra parte, en relación con la ejecución de medidas que concedan el uso de enseres o pertenencias, y tal como apunta RICH OLIVA, se presenta una grave dificultad práctica¹¹⁶, pues es muy difícil constreñir a los cónyuges a que las cumplan, aunque una vez entre en vigor la nueva LEC al menos se podrán establecer multas periódicas ante el incumplimiento.

¹¹⁴ Este inciso ha sido introducido en el Dictamen aprobado por la Comisión de Justicia e Interior.

¹¹⁵ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit., pág. 491.

¹¹⁶ RICH OLIVA, *Las medidas...*, ob. cit., pág. 74.

3. 2. 4. Contribución a las cargas, alimentos y pensión compensatoria

Pese a que para asegurar el cumplimiento de la obligación de pago por estos conceptos se establezcan medidas cautelares o de aseguramiento¹¹⁷, también se puede ejecutar la obligación si lo obtenido mediante dichas medidas fuera insuficiente.

Al tratarse de obligaciones de carácter periódico o sucesivo, y estar por lo tanto sujetas a incrementos del principal reclamado, habría de incrementarse con las mensualidades que vayan venciendo, tal como viene contemplado en el artículo 1.616 de la LEC¹¹⁸ para el juicio de alimentos provisionales.

No existiendo garantías específicas, el cauce procesal a seguir será el de los artículos 921 y siguientes de la LEC, ya que se trataría de una obligación de pago de una cantidad líquida y determinada, por lo que no sería necesario previo requerimiento del deudor, y se procedería al embargo de los bienes.

Sin embargo, la cláusula de actualización que debe llevar aparejada la obligación de pago plantea problemas, puesto que la cantidad a ejecutar no está determinada a priori, y al tratarse de una obligación de tracto sucesivo, en la práctica se considera que la cantidad no es líquida y determinada, puesto que es necesario hacer el cálculo de las mensualidades debidas, que en ocasiones han de ser actualizadas, puntos sobre los que podría existir discrepancia entre las partes, con lo que se realiza requerimiento de pago, asemejando la ejecución a la de las cantidades ilíquidas¹¹⁹.

¹¹⁷ Véase apartado correspondiente.

¹¹⁸ Art. 1.616 LEC: Si el que fuere condenado al pago de los alimentos no hiciere efectiva la pensión el día en que deba pagarla según la sentencia, se procederá a su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo.

Lo mismo se practicará con las mensualidades que vayan venciendo.

¹¹⁹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, «La ejecución...», ob. cit., pág. 492.

En ocasiones, el ejecutado opondrá al pago la asunción de deudas como el pago del colegio, sanidad, viajes, etc., cuya obligación de pago no venía determinada en la decisión judicial. Entendemos, con PEREDA GÁMEZ, que esta asunción de deudas es voluntaria, suponen una liberalidad del progenitor, y que lo pagado no puede considerarse computable respecto a lo debido y judicialmente fijado, puesto que el guardador tiene la potestad de administración de los alimentos del hijo, y el pago por parte del otro progenitor de las deudas que desee, independientemente de lo señalado judicialmente, puede impedir la correcta administración de dichos alimentos y dar lugar a abusos¹²⁰, con lo que parece lo más adecuado que el que hubiera pagado por conceptos no recogidos en la decisión judicial, no verá compensada su deuda por alimentos, salvo que hubiera llegado a algún acuerdo con el otro progenitor, que debería quedar patente judicialmente, o si no, al menos, de manera fehaciente.

El embargo tiene por objeto el patrimonio del deudor, y, habrá de hacerse la designación de los bienes a embargar, localizándolos primeramente.

La reforma de 1997 supuso un gran adelanto a la hora de la localización de los bienes del deudor: hasta entonces, el juez, ante la petición del acreedor, tenía potestad decidir si investigaba el patrimonio del ejecutado, y a partir de la reforma la potestad se convirtió en obligación: ante la solicitud del ejecutante, el juez ha de investigar el patrimonio del deudor.

Otra cuestión es que la investigación pueda dar frutos: la misma reforma introdujo la obligación de las autoridades tributarias de dar los datos solicitados por los jueces, con el fin de localizar bienes embargables, y sin las limitaciones establecidas en la ley general tributaria. Sin embargo, como es sabido, la ley de acompañamiento de los presupuestos generales

¹²⁰ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 80.

del estado, ley 66/1997, de 30 de diciembre, volvió a limitar dicha obligación de la autoridad tributaria a los casos en que se persiga un delito, o en los que tengan como finalidad la protección de los intereses de los menores, y en la posterior ley de 40/1998, de 9 de diciembre se amplió la cooperación de dichas autoridades para la localización de bienes para la “ejecución de resoluciones judiciales firmes”¹²¹.

Entendemos que dado que las resoluciones de medidas provisionales son inmediatamente eficaces, las Autoridades Tributarias estarán obligadas, ex. art. 113.h), en todo caso a comunicar los datos que se les soliciten en relación con todas las medidas provisionales, y no únicamente en cuanto a las deudas por alimentos, como se preveía en el art. 113.1 f) de la Ley General Tributaria¹²².

Como es sabido, los límites de inembargabilidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil no rigen cuando el embargo o la retención tenga por objeto el pago de alimentos al cónyuge o a los hijos en virtud de resolución judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1451 de la LEC vigente o el 608 de la LEC de 2000, dejándose la fijación de lo retenido al arbitrio del juez, que debe garantizar los derechos del acreedor pero también las necesidades del obligado al pago.

En el art. 1456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se recoge la posibilidad, a petición del actor, de ampliar la ejecución cuando venciera algún plazo de la obligación una vez despachada la ejecución, sin necesidad

¹²¹ Véase DÍEZ PICAZO, Ignacio; «Un nuevo apunte sobre el tema de la colaboración de la Administración Tributaria con los órganos judiciales», en *Tribunales de Justicia*, 1999/3, págs. 203 y ss.

¹²² Art. 113.1 Ley General Tributaria: Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tiene carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto:...f) La protección de los derechos e intereses de los menores e incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público....

Lo establecido en el último inciso del párrafo cuarto del artículo 1454 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente será de aplicación en los supuestos previstos en las letras a) y f) de este apartado.

de retrotraer el procedimiento, razón suficiente para la mejora del embargo, al igual que el art. 578 de la nueva LEC.

PEREDA GÁMEZ señala que no es infrecuente que se adjudique en subasta a uno de los cónyuges la mitad pro indivisa de la vivienda familiar propiedad del otro progenitor por impago de pensiones alimenticias o de cargas matrimoniales¹²³.

Por otra parte, como medida coercitiva ante el impago de las pensiones, se defiende la suspensión del régimen de visitas, por conformar derechos recíprocos, de acuerdo con el artículo 1124 del Código civil, teoría contra la que se manifiesta la doctrina,¹²⁴ y que consideramos que no debe tener virtualidad si no se apoya en el hecho de que la suspensión sea favorable a los intereses o bien del menor, hecho que en todo caso habrá de determinar el equipo psicosocial del Juzgado.

En la nueva LEC, se establece que el cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas de acuerdo con el artículo 711, sin perjuicio de hacerse efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas (art. 776. 1.).

3. 3. Medidas de aseguramiento de la ejecución

Tanto el Código civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil recogen una serie de garantías para la efectiva realización de las obligaciones de pago de los alimentos; así, en el art. 90 del C.c. en relación con la contribución a las cargas recogidas en el convenio regulador, en el art. 91 C.c., en el que se regula el establecimiento de medidas en relación con los hijos y las cargas, se hace referencia a las cautelas y garantías respectivas; en el 93, se dispone que el juez adoptará las medidas convenientes para

¹²³ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 84.

¹²⁴ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 60, señala que ciertas normas de derecho de obligaciones son inaplicables al derecho de familia, y que además, las relaciones paterno-filiales son de difícil valoración en grado de reciprocidad, dado el complejo entramado de derechos y deberes que suponen.

asegurar la efectividad de la contribución a los alimentos, y en el 103, relativo a las medidas provisionales, se permite al juez disponer las garantías, depósitos, retenciones y otras medidas cautelares convenientes para asegurar la efectividad de la contribución a las cargas del matrimonio.

Por otra parte, el artículo 148.3 del mismo cuerpo, dentro de la regulación de alimentos, dispone que el juez ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos de alimentos, y en el 158.1 C.c. se establece que se podrán tomar las medidas cautelares convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo.

La Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 1891 recoge la posibilidad de adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los cónyuges en relación con el levantamiento de las cargas o, en el caso del artículo 158 C.c., para el caso de los alimentos a los hijos pero también para asegurar el uso de la vivienda que se otorga al cónyuge y a los hijos que quedaran a su cuidado, por ser medidas relacionadas con las necesidades del hijo menor.

Tras examinar todas estas normas que indican que se podrán tomar todo tipo de garantías y cautelas con el fin de asegurar el pago de alimentos a los menores, como mínimo –ya que posiblemente podríamos incluir en el espíritu de estos preceptos otras medidas como la custodia de dichos menores, o el uso del hogar familiar-, encontramos que en ninguna norma se indica claramente cuáles son esas garantías, el procedimiento para adoptarlas, su contenido, o cuáles son sus límites.

- Las medidas de aseguramiento típicas

En una primera aproximación, tenemos que admitir la viabilidad de todo tipo de medidas y garantías que nuestro ordenamiento admita para el aseguramiento de las obligaciones pecuniarias, como pueden ser la fianza, el aval bancario, la cláusula penal, la prenda, la hipoteca, la anticresis, el embargo de bienes muebles o inmuebles y su anotación en los Registros

Públicos, la constitución de depósitos, la retención de cuentas o depósitos bancarios, y la retención de sueldos o salarios del obligado al pago¹²⁵, análogas a las medidas cautelares contempladas la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

- El recurso al proceso penal.

En numerosas ocasiones se ha dicho que el recurso al proceso penal no es lo más apropiado ante el incumplimiento de las partes; ante el incumplimiento del régimen de visitas por parte del guardador, señala RUIZ PEÑA que el que éste sea condenado por delito de desobediencia entorpecerá aún más las relaciones entre las partes¹²⁶.

Señala PEREDA GÁMEZ que no puede hacerse del Código Penal un instrumento ejecutivo, cuya eficacia discutible, ya que no consigue directamente el cumplimiento de la obligación y además puede producir experiencias traumáticas que precisamente se desean evitar en el ámbito de la ruptura matrimonial¹²⁷.

- Introducción de nuevas medidas de aseguramiento.

A pesar de la utilización de estos mecanismos aseguratorios, en numerosas ocasiones no se consigue el cumplimiento de las medidas de carácter pecuniario, y menos aún las de naturaleza personal. Frente a la recurrencia a los cauces penales para atajar el impago de alimentos, poco adecuados en el ámbito de las relaciones familiares, así como a los civiles utilizados habitualmente, que se revelan en numerosas ocasiones poco eficientes, y dado que el impago de pensiones de alimentos es un hecho que afecta gravemente a la familia dependiente, que produce un ataque al principio de solidaridad familiar consagrado en el artículo 39 de la

¹²⁵ FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, *Ejecución en derecho de familia...*, ob. cit., pág. 530.

¹²⁶ RUIZ PEÑA, *Las visitas...*, ob. cit., pág. 555.

¹²⁷ PEREDA GÁMEZ, *La ejecución...*, ob. cit., pág. 55.

Constitución Española, algunos autores propugnan la utilización de instrumentos como las *astreintes*¹²⁸, o la instauración de un fondo alimentario.

Así, FONSECA-HERRERO indica acertadamente que sería conveniente la creación de un fondo público que tuviera como finalidad la protección económica del menor, de manera que, al producirse el incumplimiento por parte del padre deudor, dicho organismo efectuara el pago inmediato de la pensión de alimentos debida por el progenitor, produciéndose la inmediata subrogación del organismo en la posición del acreedor, y la subsiguiente reclamación al obligado¹²⁹.

Ante la falta en nuestro ordenamiento de figuras jurídicas que constriñan al obligado al cumplimiento *in natura*, sea la obligación

¹²⁸ De acuerdo con CATALÁ COMAS, *Ejecución de condenas...*, ob. cit., pág. 112 y ss., la *astricción* (traducción al español de la francesa "*astreinte*", que a su vez tiene su origen en el latín *astringo*, que significa apretar, presionar, obligar) es una medida conminatoria impuesta por el juzgador a un sujeto para constreñirle al cumplimiento de la actividad ordenada en una resolución judicial, y que puede consistir en la imposición de una condena a pagar una cantidad de dinero por día u otro período de atraso, o en una suma fija debida por cada violación en que incurra.

¹²⁹ Esta institución tiene su origen en Alemania, y está teniendo repercusión en otros países como Francia o Bélgica, y existe una Recomendación del Consejo de Europa n.º 869 del año 1979 sobre "Pago por el Estado de adelantos sobre las sumas debidas a título de obligación alimenticia hacia los niños". El autor se plantea la posibilidad de que existan dificultades en su implantación, puesto que nuestra Constitución recoge el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, y por otro lado el deber social de protección a la familia en su vertiente económica, social y jurídica. Consideramos que la elección de dicho mecanismo de protección pertenece a los poderes políticos; no existe obstáculo legal para su adopción, y tampoco supondría una anteposición de la ayuda social al principio de solidaridad familiar, puesto que al subrogarse el organismo en la posición del menor acreedor, podría hacer efectiva la deuda de una forma más fácil que dicho menor o sus representantes. FONSECA-HERRERO, *Ejecución...*, ob. cit., pág. 533 y ss.

En este sentido, en la enmienda del Grupo Socialista del Congreso n.º 678 al proyecto de LEC no recogidas en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior se encontraba la creación de un fondo alimentario con este fin, y en la actualidad el mismo grupo ha presentado una proposición de ley en el Congreso de los Diputados, titulada "Fondo de Garantía del Pago de Alimentos" (BOCG serie B, 24 de abril de 2000, n.º 5-1).

ALBERDI, «La familia: convergencia y divergencia de los modelos familiares españoles en el entorno europeo»; *Política y sociedad*, n.º 26, 1997, pág. 86, apunta que la actividad de garantía por parte del Estado del cobro de las pensiones de divorcio es uno de los elementos de su política familiar explícita y definida a partir de la defensa de la institución familiar, concretándose en la evitación del abandono y la pobreza de los hijos de divorciados.

personalísima o no, la doctrina se decanta favorablemente por la introducción de un instituto similar al de la *astreinte* francesa, que sería, de acuerdo con la definición de ARAGONESES, “una medida discrecional y conminatoria cuya finalidad consiste en que mediante ella se tiende a obtener el cumplimiento in natura de una obligación -de hacer, de no hacer o de deshacer fundamentalmente- que ha sido reconocida o impuesta por una resolución judicial, mediante el establecimiento de una sanción económica generalmente fijada por día de atraso en el cumplimiento, o por otra unidad de tiempo, que aumenta progresivamente, salvo reducción o reajuste del juez”¹³⁰

El fundamento de la *astreinte* es el derecho e interés legítimo de la parte en obtener el cumplimiento de lo ordenado¹³¹, aun cuando este interés no sea apreciable en dinero, como es el caso del que nos ocupamos; el perjuicio producido por el incumplimiento de las medidas dadas en el proceso de familia es difícil si no imposible de evaluar económicamente, salvo en el caso concreto de pago de cantidades dinerarias.

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la pena impuesta ante el incumplimiento sería una *poena privata*, que aprovecharía a la parte adversa, y que, por otro lado, sería la manifestación de un poder diferente al de la jurisdicción propiamente dicha y cuyo ejercicio no engendra la autoridad de la cosa juzgada. El juez reglamenta, y no dice el derecho¹³²

La introducción de este tipo de medidas en el ámbito de las obligaciones de los cónyuges sería muy positiva; no existen obstáculos de

¹³⁰ ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes...*, ob. cit., pág. 53

¹³¹ Este derecho formaría parte del de la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Las astreintes*, ob. cit., pág. 138.

CATALÁ COMAS, *Ejecución...*, ob. cit., pág. 122, indica que este valor práctico puede ser suficiente para justificar la existencia de las *astreintes*, y que a mayor abundamiento, el imperium del juez para imponer las decisiones que dicta, también apoya dicha existencia.

¹³² ESMEIN, «L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes» en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, reimpresión de la edición de 1903; París, pág. 34.

magnitud para su implantación, y además podemos observar que la doctrina y la práctica francesa no las excluyen del ámbito matrimonial¹³³.

Otro elemento de las *astreintes* a tener en cuenta es la posibilidad de que su duración sea ilimitada¹³⁴, y que por tanto coexista con la obligación de no hacer, posibilidad muy adecuada para conseguir el cumplimiento de la medida que regula el régimen de visitas, constriñendo al guardador a permitir las comunicaciones y visitas del menor y su progenitor no custodio.

Como hemos señalado, en la LEC de 2000 se recoge una forma de *astreinte* en la regulación de la ejecución por deberes de hacer infungibles y por deberes de no hacer (arts. 709 a 711) en forma de apremios multa de carácter mensual, requeridos cada tres meses y con el límite de un año en el primer caso, y cada vez que se incumpla la condena en las obligaciones de no hacer, pudiéndose imponer la multa cada mes si tuviera que deshacer lo hecho, con un límite temporal de un año, el cual ha sido eliminado en la concreta regulación de los procesos matrimoniales y de menores¹³⁵, aproximando por lo tanto su regulación a la de la deseada *astreinte*.

¹³³ ARAGONESES, en *Las astreintes...*, ob. cit., pág. 110. Indica además (pág. 109) que las *astreintes* son aplicables a cualquier obligación a ejecutar de carácter extrapatrimonial, como para obtener la restitución de un niño a la persona que tiene su guarda (Cas. Civ. de 18 de marzo de 1878).

¹³⁴ ARAGONESES, *Las astreintes*, ob. cit., pág. 123.

¹³⁵ Esta eliminación tuvo su origen en el Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior de 28 de julio de 1999, a partir de la enmienda del GS n°. 678, que reclamaba especialidades en la ejecución de las resoluciones de los procesos de familia.

CONCLUSIONES

- I. El proceso declarativo se revela insuficiente por sí mismo para reorganizar las relaciones de los miembros de la familia en crisis - que no es sólo la de origen matrimonial-, dada la premura de la necesidad de regulación, y por ello, para evitar una desprotección incompatible con el amparo que el Estado debe procurar, se articula un sistema de protección provisional.
- II. Las medidas provisionales de los procesos de familia serían aquellas susceptibles de producirse o acordarse ante la presentación de una demanda cuyo objeto sea la ordenación de las relaciones familiares tras la crisis familiar, eventualmente junto a un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio o una vez presentada dicha demanda, conservando determinadas situaciones y regulando las relaciones de los miembros de la familia en crisis, en tanto no sea efectiva la tutela que se dicte en la futura sentencia.
- III. Las medidas provisionales en el ámbito de la protección familiar se pueden clasificar en dos grupos: las medidas provisionales tradicionales del proceso matrimonial y otras medidas provisionales, que pueden estar regladas expresamente o no, y articularse en este caso a través de las medidas cautelares innominadas. Además de las tradicionalmente llamadas medidas provisionales de los procesos matrimoniales de los artículos 102 a 106 del Código civil, es posible adoptar en los mismos pleitos otras medidas no establecidas expresamente en la normativa referente al juicio matrimonial, y por otro lado, existe un catálogo de medidas susceptibles de acordarse en

otros procesos de familia distintos del matrimonial, de contenido análogo al de las medidas de éste.

- IV. Entendemos que al igual que determinados elementos del proceso de familia se ven afectados por el principio inquisitivo, las medidas provisionales están influidas por este principio o el dispositivo dependiendo de la materia que tutelen, de manera análoga a lo que ocurre con las medidas principales.
- V. En relación con el ámbito de aplicación de las medidas, ha de distinguirse entre los procesos matrimoniales, espacio natural de aplicación de las medidas provisionales tradicionales, de otros procesos de familia, en los que habrá de determinarse qué forma de protección provisional es admisible. Por otro lado, esta división no es estanca, pues, en los procesos matrimoniales es posible establecer otras medidas distintas de las tradicionales, y en algunos procesos no matrimoniales también puede serlo dictar las de los matrimoniales.
- VI. Las llamadas tradicionalmente medidas provisionales son las reguladas en lo material en los artículos 102 a 106 del Código civil, y procesalmente en los preceptos del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicados a las medidas provisionales en relación con la mujer casada, o, en los artículos 771 a 773 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, y que tienen como ámbito de aplicación los procesos matrimoniales. Se clasifican, por un lado, en medidas y efectos, y por otro, en medidas previas y coetáneas, por la apreciación del momento en que se dictan las medidas en relación con la presentación de la demanda, distinción asumida en las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/81, de 7 de julio, aunque no en los artículos del Código civil, ni en los 1881 y siguientes de la LEC vigente, y sí en el articulado de la Ley 1/2000. La distinción procedimental entre

medidas previas y coetáneas es muy discutida en la actualidad, sin embargo, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, se establece la identidad de procedimientos, si bien con especialidades relacionadas con el momento de presentación de la demanda, y se introduce la posibilidad de dictarse medidas previas urgentes a discreción del juez.

- VII. Entendemos que los procesos de familia y las medidas provisionales adoptables en ellos no se inscriben en la jurisdicción voluntaria, sino en la contenciosa. En esta línea, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 asume que los procesos matrimoniales y las medidas adoptables en ellos son de jurisdicción contenciosa, así como las medidas en los procesos de menores, ya que se regulan en el libro III de la ley, correspondientes a los procesos especiales.
- VIII. No existe uno, sino varios procesos de medidas provisionales, por lo que las medidas han de ser estudiadas desde el punto de vista de la medida en sí.
- IX. Las medidas provisionales de los procesos de familia son una clase especial de medidas cautelares, y dicha especialidad radicaría en la singularidad de las relaciones jurídicas que tiende a proteger, que no son otras que las de la familia, afectadas por un especial interés público, y que se concreta en la presunción de la concurrencia de un *periculum in mora*, en la falta de exigibilidad de la contracautela y en la posibilidad o necesidad de que el juez dicte las medidas de oficio, sin previa solicitud de parte, dependiendo de las medidas de que se trate.
- X. Entendemos que las medidas provisionales pueden ser adoptadas en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Respecto de las medidas previas, es indudable su admisibilidad, pues no existe

limitación a ella, y entendemos que los cónyuges pueden optar entre presentar convenio sobre estas medidas al juez o no hacerlo, pues aún no se vincula a las partes a las normas procedimentales del mutuo acuerdo. Una vez presentada la demanda, de no solicitarse medidas provisionales, y salvo en los casos en los que se dicte la sentencia de separación o divorcio en el mismo acto en el que se convalide el convenio, entendemos que habrán de dictarse medidas provisionales.

XI. Las medidas provisionales también han de adoptarse en el pleito que otorgue eficacia civil a la resolución eclesiástica de nulidad, siempre que no haya una regulación de medidas preexistente y no se precisara modificación de éstas. Entendemos que la tramitación adecuada para la concesión de las medidas es la genérica para las medidas provisionales, y en este sentido, hemos de entender la referencia del artículo 778 de la LEC al procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 775 a los procedimientos de medidas provisionales y de medidas definitivas.

XII. Entendemos que en relación con la admisibilidad de medidas provisionales paralelas a pleitos eclesiásticos, las medidas previas sí son susceptibles de otorgarse, si bien sólo serán vigentes durante el plazo de treinta días si no se presenta una demanda civil, siendo posible la reiteración de la solicitud cuando transcurran los treinta días que el artículo 104 C.c. señala como límite para la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio. Por el contrario, en relación con las medidas coetáneas, admitidas en ocasiones a causa de la inercia producida por la práctica anterior, la inexistencia de la característica de la instrumentalidad respecto del proceso principal impide la admisión de las medidas provisionales matrimoniales de forma paralela a un procedimiento de convalidación, si bien entendemos que es posible la obtención de unas medidas análogas a las

reguladas en los procesos matrimoniales que permiten una regulación a los separados de hecho, estado que ostentan a fin de cuentas aquellos que se encuentran separados y únicamente, por el momento, desean obtener la nulidad eclesiástica, sin solicitar la intervención civil en relación con el vínculo matrimonial.

- XIII.** Los cónyuges que no desearan iniciar un procedimiento de nulidad, separación o divorcio por no pretender obtener un pronunciamiento sobre su vínculo matrimonial, y que por tanto no pueden obtener las medidas provisionales de los artículos 102 y siguientes del Código civil, pues dichas medidas se regulan específicamente para estos procesos, en los que se incluye necesariamente como objeto la declaración sobre el vínculo matrimonial, sí pueden obtener una ordenación análoga a la de medidas provisionales matrimoniales.
- XIV.** Los convivientes que deseen obtener una tutela provisional de sus relaciones familiares, pueden solicitar medidas análogas a las provisionales de los procesos matrimoniales, pues no pueden obtener éstas dada la instrumentalidad de las medidas al proceso matrimonial, en la actualidad por la vía de las medidas cautelares innominadas, y, una vez vigente la nueva Ley de enjuiciamiento civil, a través de las medidas de los artículos 771 y ss., sobre menores, o bien de las medidas innominadas si solicitan medidas que no afecten a los menores.
- XV.** En la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se introduce un nuevo proceso “de menores”, en el que se determinarán las potestades de guarda y custodia y los alimentos para ellos, y entendemos que también cualquier medida atinente a las relaciones paternofiliales. Su origen tiene la finalidad de no discriminación de los hijos no matrimoniales, y su regulación remite a las normas de

medidas del proceso matrimonial. Aunque en el artículo 770.6º. de la nueva LEC se establecen idénticos trámites que para las medidas provisionales de los procesos matrimoniales, es de señalar que el contenido de las medidas no será el mismo, pues las medidas provisionales a adoptar únicamente serán las relativas a la relación paterno filial.

XVI. El sustento material de la regulación análoga a la de las medidas provisionales matrimoniales serían los artículos del Código civil 156, 158, 159 y 170 en lo relativo a los hijos, el 1318 C.c. en cuanto al mantenimiento de las cargas familiares, que incluiría el sustento del cónyuge, concretado en los alimentos del 143, el 1388 en lo relativo a la administración de bienes gananciales, así como el 158 en lo referente a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se puede entender comprendida en la contribución a las cargas o medida de protección del menor, y la vía procesal de las medidas cautelares innominadas o los artículos 1910 y siguientes de la LEC para los malos tratos a menores, y, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, los artículos 771 y siguientes, relativos a las medidas provisionales de los procesos matrimoniales para la obtención de medidas que afecten a los menores de edad.

XVII. Estas medidas se habrán de solicitar al juez de familia si afectan a hijos menores de edad, mientras que el conocimiento de las relativas a las relaciones de los cónyuges o convivientes correspondería al juez de primera instancia, por lo que, en aquellas circunscripciones en las que exista Juzgado de Familia, se producirá una escisión de la causa, provocándose el dictado de resoluciones contradictorias, lo que sería salvable si el CGPJ atribuyera a los Juzgados de Familia competencia para conocer de las cuestiones relativas a las crisis familiares de forma genérica, y no únicamente de las matrimoniales.

- XVIII.** La norma competencial para dictar medidas provisionales sigue a la norma que atribuye competencia para conocer del pleito principal, con excepciones, como la de las medidas previas del proceso matrimonial, donde se ha fijado una norma diferente en la LEC de 1881 y de 2000, sin embargo, entendemos que la desviación de la competencia principal sólo podrá justificarse en razones de urgencia.
- XIX.** Como presupuesto para la concesión de medidas provisionales en los procesos matrimoniales, entendemos que la urgencia no es exigible respecto de las medidas previas, y así ha sido recogido en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, y que la concesión éstas no impide la de medidas coetáneas en el sistema vigente, sobre todo si el procedimiento seguido en previas no es idéntico al de coetáneas. En este sentido, en la LEC de 2000 se identifican procedimientos, por lo que se impide la reproducción de los trámites en sede de medidas coetáneas si se han concedido previas. En relación con la existencia de medidas definitivas otorgadas en un pleito anterior, entendemos que lo que procederá será la modificación provisional de las medidas definitivas en tanto se sustancie el pleito principal, tal como se indica en la LEC de 2000.
- XX.** En la nueva Ley de enjuiciamiento civil se regula la posibilidad de concederse medidas urgentes de contenido limitado a los efectos del artículo 102 y a las medidas sobre uso de la vivienda y guarda de los menores, sobre la base de una necesidad urgente a valorar por el tribunal, no estableciéndose necesidad de solicitud ni prueba, ni posibilidad de recurso. Entendemos que estas medidas habrán de ser sustituidas por las medidas previas, que se deberán tramitar en el más breve plazo posible.



XXI. El procedimiento para la obtención de medidas provisionales habrá de desarrollarse respetando unos mínimos procedimentales tales como la audiencia a los cónyuges, informe del Ministerio Fiscal en caso de haber menores y exploración de éstos, salvo en el caso de medidas previas urgentes, para cuya obtención se podrán obviar, siendo sustituidas estas medidas por las obtenidas tras la tramitación ordinaria de las medidas.

XXII. Las medidas provisionales son de eficacia inmediata, pues ello dimana directamente de su función de otorgar protección jurídica a determinada situación en tanto no se conceda la tutela definitiva a través del pleito principal, y ello se establece expresamente declarando irrecurrible la resolución que la contenga, o bien que el recurso contra ésta tenga un solo efecto.

XXIII. Entendemos que la falta de presentación temporánea de la demanda en medidas previas implica la ineficacia de las medidas, lo cual ha de ser indicado por el tribunal, a instancia de parte o de oficio, si bien los efectos de la ineficacia se retrotraerán al momento en el que no se produjo la presentación de la demanda.

XXIV. Consideramos que la eficacia de las medidas se limita por el dictado de la resolución principal que contiene las medidas definitivas. En cuanto al sistema vigente, entendemos que es posible la ejecución provisional de los pronunciamientos de medidas definitivas, aunque el pronunciamiento principal sobre estado civil no sea ejecutable, y, en relación con lo indicado en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, se ha determinado expresamente la eficacia inmediata de los pronunciamientos de medidas recogidos en sentencia.

XXV. La ejecución forzosa en materia de familia requiere de especialidades que no existen en el sistema actualmente vigente, sin embargo, en la LEC de 2000 se han recogido, además de nuevas normas generales de ejecución forzosa, preceptos especiales en materia de familia, como la falta de limitación de un año de las astringencias o las consecuencias en la determinación de la potestad de guarda y derecho de visitas ante el incumplimiento de las obligaciones derivadas de estos derechos por parte de los progenitores, si bien todavía sería precisa una mayor especialización de medios de ejecución para medidas como la de entrega de los menores o la introducción de fondos alimenticios estatales para asegurar el pago de las cantidades debidas en concepto de alimentos para menores.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁ SANTAMARÍA, Jaime; *Ley del divorcio*; Madrid: Instituto Nacional de prospectiva, 1980, 112 págs.

ALBACAR, José Luis; «Informe sociológico sobre la aplicación de la ley del divorcio»; *La Ley*, 1983-4, págs. 1214-1226.

ALBERDI ALONSO, Cristina; *La reforma en materia de procedimientos de familia*, en *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*; Madrid: Ministerio de Justicia; 1990, págs. 187 a 195.

ALBERDI, Inés; «La familia: convergencia y divergencia de los modelos familiares españoles en el entorno europeo»; *Política y sociedad*, nº. 26, 1997, págs. 73 a 94.

ALEGRET BURGUÉS, M^a. Eugenia; *Problemática de la ejecución de las sentencias de separación, divorcio y nulidad*, en *Los procesos en los juzgados de familia*; Barcelona: Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Catalunya; 1993, págs. 309 a 321.

ALMAGRO NOSETE, José; *Derecho Procesal*; Tomo I, Proceso civil; Madrid: Trivium, 1996, vol. II, 600 págs.

ALONSO FURELOS, Juan Manuel.; *Medidas provisionales y procesos matrimoniales en el derecho español*; Córdoba: El Almendro, 1989, 239 págs.

APARICIO HACKETT, Antonio, «El divorcio en Canadá», en *RDF* nº. 4, jul. 1999, págs. 279 a 291.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; *Las astreintes: su aplicación en el proceso español*; Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985, 182 págs.

ARMENTA DEU, Teresa; *La acumulación de autos: reunión de procesos conexos*; Madrid: Montecorvo, 1983, 344 págs.

- *La acumulación de autos*; Madrid: Montecorvo, 1997, 2ª. ed., 309 págs.

AULETTA, Tommaso; *Il diritto di famiglia*; Torino (Italia): Giappichelli editore, 1997, 391 págs.

BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*; Granada, 1997, 267 págs.

BAENA RUIZ, Eduardo, «La vivienda familiar», en *Vivienda, Cuadernos de derecho judicial*, n°. XIV, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 147 a 232.

BANACLOCHE PALAO, Julio, «Novedades en la Ley de enjuiciamiento civil en materia de jurisdicción y competencia del órgano jurisdiccional (I)», en *Tribunales de Justicia*, 2000/2, págs. 143 a 153.

BARRILERO YARROZ, Ana; *Las medidas provisionales en la redacción actual del Código civil: principales aspectos innovadores de la reforma de la ley de 7 de julio de 1981*. en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): resultados y experiencias*. págs. 117 a 134.

BAUR, Fritz; *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen (Alemania): Mohr, 1967, 134 págs.

BAYO DELGADO, Joaquín; «Régimen económico matrimonial primario y terceros: medidas cautelares en el proceso de familia», en *Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, en *Cuadernos de derecho judicial*; Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 81 a 119.

- «Problemas subsistentes en derecho de familia»; *Jueces para la democracia*, 1997, noviembre, nº. 30, págs. 36 a 39.
- *Los límites de la pensión compensatoria, en Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, con ZARRALUQUI, POLO SORIANO, VAILLO ALEGRE et alii; Madrid: Dykinson, 1997, Asociación española de abogados de familia, 473 págs.
- «La pensión de alimentos entre cónyuges separados, con especial referencia al derecho civil catalán», en *Derecho de Familia; Cuadernos de derecho judicial*, X, 1993, págs. 509 a 517.

BEAN, David; *Injunctions*; London (G.B.): FT Law &Tax, 1996, 277 págs.

BECKER, Gary; *The essence of Becker* (Febrero y Schwartz eds.) Stanford: Stanford U. y Hoover Institution Press, 1995, 669 págs.

BERMEJO PUMAR, M^a Mercedes; «Uniones de participación integral de vida»; *Revista General del Derecho*, abril 1991, págs. 2489-2515.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes; *Parejas no casadas y pensión de viudedad*; Madrid: Trivium, 1992, 224 págs.

BÖHMER, «Die 14. Haager Konferenz über internationale Privatrecht 1980», en *Rabels Zeitschrift*, 1982, págs. 643 a 663.

BOLAÑOS CARTUJO, *El proceso contencioso de separación y/o divorcio: una visión psicosocial*, en *Los procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: 1993, págs. 131 a 144.

BONET NAVARRO, Angel; Disposición Adicional Cuarta, en *Matrimonio y divorcio, Comentarios al nuevo título IV del Código civil*. (Lacruz coord.). Madrid: Civitas, 1982, 1111 págs.

- Prólogo a *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*, HERRERO PÉREZAGUA; Barcelona: 1997, 168 págs.

BORRAJO INIESTA, Santiago; «Seis años de aplicación de la ley del divorcio: algunos resultados de un estudio sociológico»; *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 5 noviembre 1987, núm 1474, págs. 3233-3255.

BORRÁS, Alegría; *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. Diario Oficial nº. C 221 de 16 de julio de 1998, págs. 0027 a 0064, obtenido en <http://www.europa.eu.int/eur-lex>, 41 págs.

-«Problemas de derecho internacional privado suscitados por la nueva ley del menor», en *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles*, en *Cuadernos de derecho judicial*, 1997, págs. 159 a 198.

BÜTTNER, Helmut; «Änderungen in Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz»; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1998, 10, págs. 585 a 594.

CABALLERO GEA, José A.; *La ley del divorcio, 1981*; Pamplona: Aranzadi, 1982, 571 págs.

- *Procesos matrimoniales: causas, hijos, pensiones, alimentos...: Síntesis y ordenación de las Audiencias y Tribunales, Fiscalía General del Estado y Dirección General de los Registros y del Notariado: formularios*; Madrid: Dyckinson, 1994, 411 págs.

CABALLOL ANGELATS, Lluís; *La ejecución provisional en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1993, 406 págs.

- *La ejecución provisional en el anteproyecto de LEC, en Presente y futuro del proceso civil*, (Pico Junoy dir.); Barcelona: 1998, págs. 585 a 596.

CALAMANDREI, Piero; *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*; Buenos Aires (trad. Sentis Melendo de la tercera edición italiana): Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, 232 págs.

CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía, ORTELLS RAMOS, Manuel; *La tutela judicial cautelar en el derecho español*; Granada: Comares, 1996, XIV, 187 págs.

CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía; *Los procesos matrimoniales: comentarios, jurisprudencia y formularios*, MONTERO AROCA, Juan (coor.); Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, 1107 págs.

- *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1992, 327 págs.

- «Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares»; *La Ley*, 1995-2, págs. 1086 a 1101.

- «Medidas cautelares indeterminadas: su regulación en Derecho Alemán», en *RGD*, 1992, abril, n^o. 571, págs. 2505 a 2537.

CALLE RODRÍGUEZ, M^a. Victoria; *Uniones paramatrimoniales: la vivienda tras la ruptura*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: Dykinson, 1996, 383 págs.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís; *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*; CALVO CARAVACA (coor.); Madrid: Universidad Carlos III y BOE, 1995, 829 págs.

- *Derecho Internacional privado*, con CARRASCOSA GONZÁLEZ; Granada, 1998, 2 vol.

CAPILLA RONCERO, Francisco; *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*; Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1989, 268 págs.

CARNELUTTI, Francesco; *Instituciones del Proceso Civil*. Vol.III. (trad. De la 5ª. ed. Italiana de Sentis Melendo); Buenos Aires (Argentina): Ediciones jurídicas Europa-América, 1989, 467 págs.

- *Derecho procesal civil y penal*; Mexico D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994, pág.228 y ss.

CARPI, Federico; *La justice en matière familiale en Italie*, en *Familles et Justice*, MEULDERS-KLEIN (dir.); Paris: LGDJ, 1997, 639 págs.

CARRERAS, Jorge; *Las medidas cautelares del 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil*, en *Estudios de derecho procesal*, con FENECH, Miguel; Barcelona: Bosch, 1962, 803 págs.

CASIO LONGINO, Cayo; «Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias», en *Revista de Derecho de Familia* nº.4, julio de 1999, págs. 23 a 51.

CASENAVE RUIZ, José, PÉREZ VALLEJO, Ana Mª.; *Las parejas de hecho, situación legal de los hijos extramatrimoniales*, en *Parejas de hecho: curso de verano de la universidad complutense en Almería*; Granada: Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, págs. 95 a 115.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral* tomo V, vol.I., (revisado y actualizado por García Cantero y Castán Vázquez); Madrid: Reus, 1987, 1099 págs.

CASTÁN VAZQUEZ, José Mª., comentario al art. 160, en *Comentario del Código civil*, (Paz-Ares dir.); Madrid: 1993, Ministerio de Justicia, 2 vol.

CATALÁ COMAS, Chantal; *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*; Barcelona: Bosch, 1998, 495 págs.

CEREZO ABAD, Mamerto; «El fiscal como defensor del interés social», en *RGLJ*, 1965, T.I, págs. 62 a 96.

CHIOVENDA, Giuseppe; *Principios de derecho procesal civil*, vol. I, trad. de la 3ª. ed. Italiana por Casais y Santalo, José; Madrid: 1977, tomo II, 924 págs.

CLARK, Homer H.; *The law of domestic relations in the united states*; Saint Paul (Minnesota, EE.UU.): West Publishing, 1988, 1050 págs.

CLIMENT DURAN, Carlos; «Los procesos matrimoniales y la experiencia de cada día», en *Poder Judicial*, nº.3, primera época, junio de 1982, págs. 71 a 76.

COESTER-WALTJEN, *Comentario a la reforma del derecho de la infancia de 1 de julio de 1998 en Código civil alemán comentado* (Eiranova Encinas); Madrid: Marcial Pons, 1998, 720 págs.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; *El derecho a la justicia gratuita*; Valencia: Tirant lo blanch, 1999, 149 págs.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas; *Law and economics*; Massachusetts (EE.UU): 1997, 481 págs.

CORDÓN MORENO, Faustino; *Algunas consideraciones sobre la acción y el proceso de separación matrimonial*, en *Los juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 1992, págs. 225 a 233.

CORTÉS DOMÍNGUEZ; *Derecho procesal civil*, con MORENO CATENA y GIMENO SENDRA; Madrid:

COSSÍO MARTÍNEZ, Manuel; *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*; Madrid: McGraw Hill, 1997, 209 págs.

- *Las medidas en las crisis matrimoniales*, en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*; Cádiz: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1997, 344 págs.

COUCHEZ, Gérard; *Procédure civile*; Paris: Dalloz, 1998, 610 págs.

COURBE, Patrick; *Droit de la famille*; Paris: 1997, 425 págs.

CUBILLAS RECIO, Mariano; *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al derecho del estado*; Valladolid: Secretariado de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1985, 328 págs.

DE LA OLIVA SANTOS; *Derecho procesal civil* (con Fernández López), vol. I; Madrid: 1996, 4ª. ed., 610 págs., Vol IV, 1994, 491 págs.

DELGADO MARTÍN, Joaquín; «Incumplimiento del régimen de visitas. Especial hincapié sobre el incumplimiento por parte del progenitor que tiene la custodia del hijo menor», en *Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de Derecho Judicial*; Madrid: CGPJ, 1992, 743 págs.

DE LOS MOZOS, J.L. y HERRERO GARCÍA, M.J.; , *De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio*, en *Matrimonio y divorcio: Comentarios al nuevo título IV del Código civil*; LACRUZ BERDEJO (coord.); Madrid: Civitas, 1982, 1111 págs.

DE MIGUEL, Amando; *La sociedad española 1995-1996*; Madrid: Editorial Complutense, 1996, 685 págs.

DEWARD, John; *Reducing Discretion in Family Law*, en *The changing family*, con EEKELAAR et alli; Oxford (RU): Hart Publishing, 1998, 634 págs.

DÍAZ SABINA, Manuel; «Recursos, costas y ejecución de sentencias en los procesos matrimoniales»; *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, 1984, núm. 2, págs. 209-221.

DÍEZ PICAZO, Luís; *Familia y derecho*; Madrid: 1984, 262 págs.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; «La acumulación de acciones en el proceso civil», *El objeto del proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, págs. 51 a 84.

- «Liquidación de sociedad de gananciales: competencia de los Juzgados de Familia. AP Madrid Sección 22ª. Auto 17 septiembre 1996», *Tribunales de Justicia* 1997/4, págs. 467 a 472.
- «Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre creación de Juzgados de Familia. Atribución de competencia en materia de liquidación de sociedad de gananciales»; *Tribunales de Justicia* 1998/11, págs. 1099 a 1100.
- «Reforma y contrarreforma del art. 1454 de la LEC: una tomadura de pelo»; *Tribunales de Justicia* 1998/4, pág. 381 a 385.
- «Un nuevo apunte sobre el tema de la colaboración de la Administración Tributaria con los órganos judiciales»; *Tribunales de Justicia* 1999/3, pág. 203 a 207.

DOGLIOTTI, Massimo; *Separazione e divorzio*; Turín (Italia): UTET, 1988, 249 págs.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón; «Nulidad de actuaciones por falta de informe del Fiscal: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993»; *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, 1993, abril-agosto, nº. 32, págs. 449 a 455.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio; *Código civil alemán comentado*; Madrid: Marcial Pons, 1998, 720 págs.

EMPARANZA SOBEJANO, Lourdes y EZQUERRECOCHA DEL SOLAR, Esperanza; *Estudio sobre el límite temporal de la pensión compensatoria entre cónyuges en caso de separación y divorcio*, en *Los juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias*, San Sebastian: Justitia et processus, Instituto vasco de derecho procesal, 1992, págs. 315 a 340 de 347.

ESMEIN, Adhémar; «L'origine et la logique de la Jurisprudence en matière d'astreintes», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, reimpresión de la edición de 1903; Paris, págs. 5 a 53.

ESPINOSA LOZANO, José; *Problemas procesales en derecho de familia*; Barcelona: Bosch, 1991, 240 págs.

ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, 2ª ed., act. y amp; Madrid: Civitas, 1991, 398 págs.

FENECH, Miguel; *Derecho procesal civil*; Madrid, 1986, 2ª. ed., 607 págs.

FLORES PRADA, Ignacio; *El Ministerio Fiscal en España*; Valencia: 1999, 735 págs.

FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, Antonio Jesús; «Ejecución en derecho de familia», en *Ejecución de Sentencias civiles*; Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1992, 743 págs.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina; *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*; Barcelona: Bosch, 1998, 394 págs.

FONT SERRA, Eduardo; *Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva*, en *El sistema de medidas cautelares*, IX reunión de

profesores de derecho procesal, PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, GUTIÉRREZ ALVIZ, FAIRÉN GUILLEN, et alii; Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974, 259 págs.

- *La competencia territorial en el proceso civil: tratamiento procesal y jurisprudencial*; Barcelona: Cedecs, 1996, 172 págs

FORNER DELAYGUA, Joaquín; *Normas de Derecho Internacional Privado en materia de derecho de familia. Reconocimiento y ejecución en España de las sentencias extranjeras, en Los procesos en los juzgados de familia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 325 a 354.

FORTINO, Marcela; *Diritto di famiglia: I valore, i principi, le regole*; Milano (Italia): Giuffré, 1997, 420 págs.

FOSAR BENLOCH, Enrique; *Estudios de derecho de familia. La separación y el divorcio en el derecho español vigente*; Barcelona: Bosch, 1982, 2 vol.

FREIJANES BENITO, Antonia Juana; *La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación*, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*; RODRÍGUEZ TORRENTE, Jesús (dir.); Madrid: UPCO, 1998, págs. 71 a 82 de 304 págs.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio; *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*; Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, 555 págs.

GARCÍA CANO, Sandra; *Los alimentos en el ámbito europeo*, en BORRÁS (ed.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en

Tarragona el 30 y 31 de mayo de 1997; Barcelona: Marcial Pons, 1998, 467 págs.

GARCÍA CANTERO, Gabriel; *El divorcio*; Madrid: Edica, 1977, 175 págs.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo II*. (Albaladejo coord.); Madrid: Edersa, 1982, págs.

GARCÍA GIL, Francisco Javier; *La separación y el divorcio en la jurisprudencia*; Zaragoza: el autor, 1989, XIV, 510 págs.

GARCÍA MUÑOZ, Victoria; *La violencia-hacia las mujeres*; Luxemburgo: 1998, Parlamento Europeo, Dirección General de Estudios, 18 págs.

GARCÍA RUBIO, M^a Paz; *Alimentos entre cónyuges y convivientes de hecho*; Madrid: Civitas, 1995, 240 págs.

GARCÍA VARELA, GONZÁLEZ POVEDA, SIERRA GIL DE LA CUESTA y LÓPEZ MUÑIZ; *La ley del divorcio*; Madrid: Colex, 1992, 4^a ed., 450 págs.

GARRIDO MELERO, Martín; *Derecho de familia: un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*; Madrid: Marcial Pons, 1999, 778 págs.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando; *Medidas cautelares de proceso civil extranjero: art. 24 del Convenio de Bruselas*; Granada: Comares, 1998, 551 págs.

- *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*; Barcelona: Cedecs, 1999, 184 págs.
- «La acumulación de autos en el proceso civil», en *Tribunales de Justicia*, 2000/1, págs. 55 a 67.

- *La acumulación de acciones y procesos en el proceso civil*; Madrid: La Ley, 2000, 220 págs.

GENEROSO HERMOSO, Flor; *Práctica sobre los procedimientos matrimoniales de separación y divorcio* (con Muñoz Fernández); Madrid: Dykinson, 1999, 132 págs.

GISSLER, Hans; *Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen*, 2º Auflage; Munich: Beck, 1993, 501 págs.

GIMENO SENDRA, José Vicente; *Fundamentos del derecho procesal*; Madrid: Civitas, 1981, 251 págs.

- *Derecho procesal penal*, (con Moreno Catena y Cortés Domínguez); Madrid: Colex, 1997, 942 págs.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís, *La competencia, en Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*, Valencia: 1997, Tirant lo blanch, 7ª edición, pág.30.

- *El nuevo proceso civil: ley 1/2000* (con Montero, Barona y Montón); Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, 902 págs.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando; *El proceso civil*; Oviedo: Forum, 1996, 663 págs.

- *Procedimientos declarativos ordinarios y especiales. Proyecto de reforma*, en *El proceso civil y su reforma*, (Morón Palomino dir.); Madrid: 1998, 577 págs.

GÓMEZ ORBANEJA; *Derecho Procesal, vol. I, Derecho Procesal Civil*, con Herce Quemada; Madrid: 1949, 793 págs.

- *Derecho Procesal civil, vol. II, Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal y jurisdicción voluntaria*, con Herce Quemada; Madrid, 1979, 445 págs.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*; Madrid: Colex, 1990, 352 págs.

- «Las medidas provisionales en las crisis matrimoniales»; *Justicia* 89, págs. 387 a 415.

GONZÁLEZ GARCÍA, *La proliferación de procesos civiles*; Madrid: McGraw, 1996, 175 págs.

GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Extensión y límites de la jurisdicción española*; Barcelona: Bosch, 1992, 399 págs.

GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido; *La jurisdicción voluntaria*; Pamplona: Aranzadi, 1989, 1276 págs.

- *La jurisdicción voluntaria*; Pamplona: Aranzadi, 1996, 1861 págs.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; «Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes; su validez y eficacia», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, (O'Callaghan, Xavier dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial*; Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 495 a 531.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo; *Los supuestos de conclusión de la sociedad de gananciales previstos en los artículos 1393.3º y 1373 del Código civil*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, (con Zarraluqui, Polo Soriano, Vaillo et alii); 473 págs.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid: Civitas, 1991, 243 págs.

GONZÁLEZ VICENTE, Pilar; *Contenido de las medidas provisionales y su resolución judicial*, en *Los Juzgados de familia y los*

procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): resultados y experiencias. págs. 141 a 148.

- *Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis matrimonial*, en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*; (Rodríguez Torrente, Jesús dir.); Madrid: UPCO, 1998, págs. 109 a 122 de 304 págs.

GRANADOS PÉREZ, Francisco; «Lo irracional en el conflicto familiar»; *Actualidad Civil*, 1987-2, págs. 2087-2095.

GRUNSKY, *Eficacia del proceso civil en Alemania*, en *Para un proceso civil eficaz*; Barcelona: UAB Bellaterra, 1982, págs. 143 a 154.

GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro; *Derecho procesal civil*, Tomo II, Procesos especiales y jurisdicción voluntaria; Madrid: Civitas, 1998, 798 págs.

GUESTIN, Jacques; *Traité de droit civil*, Paris: LGDJ, 1991, 556 págs.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles; *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*; Madrid: Colex, 1998, 181 págs.

GUZMÁN y CASTILLEJO, *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*; Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, 130 págs.

HERCE QUEMADA, Vicente (con Gómez Orbaneja, Emilio); *Derecho procesal civil*, vol. II; *Juicios y procedimientos especiales, ejecución procesal, jurisdicción voluntaria*; Madrid, 1979, 445 págs.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen; *La separación de hecho matrimonial*; Madrid: 1982, 271 págs.

- *Las uniones de hecho: derecho extranjero e iniciativas parlamentarias en el derecho español, en Parejas de hecho*, (Herrera Campos, Ramón dir); Granada: Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, págs. 199 a 227.

HERRERA DEL REY, Joaquín; «¿Se necesita acreditar la urgencia para solicitar medidas provisionalísimas?», *La Toga* (Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla) n°. 104, págs. 20 a 29.

HERRERO GARCÍA, M^a José; «Las medidas provisionales en la crisis matrimonial», *Revista de Derecho Notarial*, N°.115, 1982, pág. 156.

HERRERO PÉREZAGUA, Juan Francisco; *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*; Barcelona: 1996, 168 págs.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo; «Problemática procesal en el derecho de familia», en Derecho de familia, en *Cuadernos de derecho Judicial*, 1993, X, págs. 349 a 392.

- *Derecho de familia: Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*, Madrid: EGD, 1995, 541 págs.

- *Los cauces procesales de liquidación de la sociedad de gananciales*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*; Madrid: Dykinson, Asociación española de abogados de familia, 1996, 386 págs.

- «Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, (O'Callaghan, Xavier dir.), *Consejo General del Poder Judicial*, 1998, págs. 535 a 579.

- «Las uniones extramatrimoniales: aspectos competenciales y procesales» en *Derecho de Familia, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n°.8, noviembre de 1997, págs. 110 a 146.

IGLESIAS DE USSEL, *Informe sociológico sobre la situación social en España*, vol. I; Madrid: Fundación Foessa, 1994, 1106 págs.

- «La protección de la familia en España», en *Papeles de economía española*, 1998, n.º. 77, págs. 224 a 238.

JOVE, M^a. Angeles; *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*; Barcelona: Bosch, 1995, 358 págs.

KRAUSE; *Family law in a nutshell*; Saint Paul (Minnesota, EUA): West Publishing, 1995, 3.º Ed., 511 págs.

KÜNKEL, Bernd; «Neue Zuständigkeiten des Familiengerichts ab 1.7.1998»; *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1998, 14, pág. 877 a 879.

LABORDA RODRÍGUEZ, Rosa y MARTÍN BARROSO, Clemente; «Malos tratos a la mujer», *Ciencia Policial*, n.º. 39, 1997, págs. 187 a 204.

LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA. *Elementos de derecho civil*; Barcelona: Bosch, 1984, 4 vol.

- *et alii*, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del libro primero del Código civil*. Madrid: Civitas, 1982, 1111 págs.

LAGARDE, P.; «Informe explicativo sobre la propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia y de sucesión, elaborada por el grupo europeo de derecho internacional privado (proyecto Heidelberg)», en *REDI*, 1994, 1, vol. XLVI, págs. 466 a 474.

LASARTE ALVAREZ, Carlos; *Principios de derecho civil, tomo VI, Derecho de familia*, Madrid: Trivium, 1997, 431 págs.

LEIBLE, Stefan; *Proceso civil alemán*; Medellín (Colombia): Diké, 1999, 544 págs.

LEITE de CAMPOS, Diogo; *Lições de Direito da Família e das Sucessões*; Coimbra (Portugal): Almedina, 1997, 618 págs.

LIENHARD, Claude. *Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en France*, en *Le droit de la famille en Europe*; (Ganghofer, Roland dir.) Estrasburgo (Francia): Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, 877 págs.

LÓPEZ ALARCON, Mariano. *El nuevo sistema matrimonial español*. Madrid: Tecnos, 1983, 453 págs.

LÓPEZ-ARIAS TESTA, Marta; *Malos tratos en la situación familiar*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial, LO 14/1999 de protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: Colex e Icse, 1999, págs.135 a 137.

LÓPEZ BARJA de QUIROGA, Jacobo; *Regulación procesal de la ley de divorcio*; Barcelona: Bosch, 1983, 133 págs.

LÓPEZ y LÓPEZ; *Derecho de familia*, con ROCA i TRÍAS, VALPUESTA et alii, Valencia, 1991, 572 págs.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel; *La ejecución de sentencias en materia matrimonial: guía práctica y jurisprudencial*, Madrid: Colex, 5ª. Ed., 1997, 400 págs.

- *El proceso matrimonial de común acuerdo*. Madrid: Colex, 1992, 218 págs.

- *El procedimiento contencioso de separación y divorcio: guía práctica y jurisprudencia*. 3ª ed.; Madrid: Colex, 1994, 465 págs.

- *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*; Madrid: Colex, 1997, 333 págs.

- *La ruptura de las uniones paramatrimoniales, en Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid: Dykinson, 1996, 383 págs.

- Problemática de la ejecución de sentencias matrimoniales, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 239 a 306.

LORCA NAVARRETE, Antonio M^a.; *Anotaciones críticas al régimen legal de las medidas a adoptar con ocasión de la incoación de procesos matrimoniales*, en *Los juzgados de familia y los procesos matrimoniales 10 años después, (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 1992, 347 págs.

- con DENTICI VELASCO, Nina M^a.; *El Divorcio: Causas y Procedimiento*; San Sebastián: Estudios Jurídicos, 1981, 181 págs.

LLEBARIA SAMPER, Sergio; «Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996)»; *La Ley*, n.º. 4373, 15 de septiembre de 1997, págs. 1 a 8.

LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Angel; *Los procesos de ruptura familiar por malos tratos*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial; LO 14/1999: Protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: Colex e Icse, 1999, págs.121 a 129.

MACCOBY, Eleanor y MNOOKIN, Robert; *Dividing the child: social and legal dilemmas of custody*; Cambridge: Harvard U. Press, 1994, 396, págs.

MAESTRES TIBAU, Angel; «La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1985, núm 4, págs. 225 a 233.

MAJADA, Arturo; *Práctica de los procesos matrimoniales*; Barcelona: Bosch, 1990, 488 págs.

MANDRIOLI, Crisanto; *Corso di Diritto Processuale Civile, III: L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali, il processo del lavoro e i processi locatizio e agrario*; Turín (Italia): Giappichelli Editore, 1991, 589 págs.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa; *La temporalidad de la pensión compensatoria*; Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, 123 págs.

MARTÍN BARROSO, Clemente y LABORDA RODRÍGUEZ, Rosa; «Malos tratos a la mujer», en *Ciencia Policial*, nº. 39, 1997, págs. 187 a 204.

MARTÍN CONTRERAS, Luís y ROBLES ACERA, Antonio; *Guía práctica de los procesos declarativos especiales*; Madrid: Cóllex, 1994, 714 págs.

MARTÍN NÁJERA, Soledad; «Los alimentos de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales: el artículo 93.2 y la legitimación»; *Actualidad Civil*, nº. 31, 1-7 septiembre de 1997, págs. 685 a 693.

MARTÍNELL, Josep M^a; *Procesos matrimoniales civiles: disfunciones y reformas*; Barcelona: PPU., 1990, 401 págs.

MARTÍNEZ-HOMBRE GUILLÉN, «Legitimación de los hijos no sujetos a la patria potestad de sus progenitores para intervenir en los procesos

matrimoniales de éstos. El párrafo segundo del artículo 93 del Código civil», en *Derecho de familia, Cuadernos de derecho Judicial*, 1993, X, págs. 495 a 507.

MÉNDEZ, R, VILALTA , E.; *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*. Biblioteca básica de práctica procesal; Barcelona: Bosch, 1998, 80 págs.

MENDIETA JAMARILLO, Luz Miryam; «Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho»; *Actualidad Civil*, 1990-1, págs. 187 a 214.

MERKT, Oliver; *Les mesures provisoires en droit international privé*; Zürich; Schulthess Verlag, 1993, 219 págs.

MNOOKIN, Robert; *Divorce*; art. obtenido en www.law.harvard.edu/, 12 págs.

- «Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce», con KORNHAUSER, Lewis; *Yale Law Journal*, 1979, págs. 950 a 997.

MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo; *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España: (Especial consideración del Convenio de la Haya de 1980)*; Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, 271 págs.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional* , con ORTELLS RAMOS, Manuel, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y MONTON REDONDO, Alberto, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, 1107 págs.

- *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*; Madrid: Tecnos, 1979, 2ª.ed., 298 págs.

- Juicio crítico de la ley de enjuiciamiento civil, en *Para un proceso civil eficaz*, RAMOS MENDEZ, F. (dir.); Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, págs. 155 a 180 de 260 págs.

- *Los procesos matrimoniales*; Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, 1107 págs.
- *El nuevo proceso civil*; Valencia: 2000, 902 págs.

MONTES REYES, A.; *El proceso matrimonial ante los Tribunales civiles*; Salamanca: Kadmos, 1981, 236 págs.

MONTESINOS SANCHEZ, Nieves; *Familia y derecho: aproximación a la configuración jurídica y social del modelo familiar*, en *Uniones de Hecho: XI Jornades jurídiques*, (Martinell y Areces eds.) Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, 1998, 529 págs.

MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil*, con GIMENO SENDRA, Vicente, y CORTES DOMINGUEZ, Valentín; Madrid: Colex, 1996, págs. 56 y ss.

- *Introducción al derecho procesal*, con GIMENO SENDRA, Vicente, y CORTES DOMINGUEZ, Valentín; Madrid: Colex, 1996, pág.39 y ss.

- *Procesos civiles especiales*, con CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA. Madrid:Colex, 1996, 470 págs.

MUÑIZ MENERO, Francisco; *La ejecución provisional de las sentencias de separación, divorcio y nulidad*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: Dykinson, 1996, 383 págs.

MUÑOZ SABATÉ, Luís; *El proceso matrimonial*; Barcelona: Bosch, 1981, 324 págs.

NAVARRO VALLS, Joaquín; *Las uniones de hecho en el derecho comparado*, en *Uniones de hecho: XI Jornades jurídiques*, (Martinell y Areces eds.); Lleida: Universitat de LLeida, 1998, pág. 27 a 39.

NIÑEROLA GIMÉNEZ, Isidro; *Las litis expensas*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, con ZARRALUQUI, POLO SORIANO, VAILLO ALEGRE et alii; Madrid: Dykinson, 1997, Asociación española de abogados de familia, 473 págs.

ORTELLS RAMOS, Manuel; «Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1891-1996)», *Tribunales de Justicia*, 6/1997, págs. 623 a 642.

ORTELLS RAMOS, Manuel; *Derecho jurisdiccional*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTON REDONDO; tomo II; Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pág. 633.

- *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, con CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía; Granada: Comares, 1996, XIV, 187 págs.

- «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil»; *Actualidad Civil* n° 42/11; 17 de noviembre de 1996, pág. 925 a 936.

- «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1991-1996)»; *Tribunales de Justicia*, 1997, n°. 6, págs 623 a 642.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual; «El dictamen de especialistas como prueba pericial sui generis en el derecho de familia y la mediación»; *Poder Judicial*, n°. 37 págs. 193 a 211.

OSORIO ACOSTA, Ezequiel; «La acumulación de autos en el proceso civil de declaración»; *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1996, n°.1, págs. 233 a 242.

OTERO MORALES, Carmen; *Las medidas urgentes ante la situación de crisis: medidas previas y provisionales. La ejecución del auto dictado en procedimientos de medidas previas o provisionales*, en *La situación jurídica de la mujer en los casos de crisis matrimonial*; Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1997, 344 págs.

PARDO DE ANDRADE, Álvaro Gaspar; *La violencia doméstica y el Juzgado de familia*, en *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial*; LO 14/1999: *Protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: Icse y Colex, 1999, págs. 131 a 134.

PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen; *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*; Murcia: Universidad de Murcia, 1998, 480 págs.

PASTOR VINARDELL, Enrique. «El llamado “criterio standard” en las separaciones matrimoniales contenciosas: Del sistema causal del Código al repudio libre del cónyuge varón»; *La Ley*, 1987, vol. 3, pp 869 a 873.

PEDRAZ PENALVA, *Apuntes sobre las denominadas medidas provisionalísimas en los procesos matrimoniales en Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias* (colectivo); San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 1992, 347 págs.

PELÁEZ DEL ROSAL, Manuel, *El derecho de visita: aspectos procesales y jurisprudenciales*, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastián: Instituto Vasco de derecho procesal, 1992, 347 págs.

PEREDA GÁMEZ, F. Javier; *La ejecución de las sentencias matrimoniales*; Barcelona: PPU, 1989, 111 págs.

- «Medidas provisionales, medidas cautelares y medidas caucionales en el proceso matrimonial»; *Justicia* 1995, número I-II, págs.105-133.

- *La prevención de las resultas del proceso matrimonial: medidas provisionales, medidas cautelares, medidas caucionales*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*. Colectivo. Madrid: Dykinson, 1995.

PÉREZ CALONGE, Xavier; *Aspectos procesales y sustantivos de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, en situaciones de patología o crisis del matrimonio*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid: Dykinson, Asociación española de abogados de familia, 1995, págs. 353 a 385.

PÉREZ GORDO, Alonso; *La ejecución provisional en el proceso civil*; Barcelona: Bosch, 1973, 195 págs.

PÉREZ-LLANTADA, Jaime; *Derecho Canónico Matrimonial para Juristas*, con MAGAZ Y SANGRO, Carlos; Madrid: Dykinson, 1993, 548 págs.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier; *Derecho de familia. La ejecución de las resoluciones dictadas en procesos matrimoniales*; Valladolid: Lex nova, 1994, 563 págs.

PÉREZ VALLEJO, Ana M^a. y CACENAVE RUIZ, José; *Las parejas de hecho, situación legal de los hijos extramatrimoniales*, en *Parejas de hecho: curso de verano de la universidad complutense en Almería*; Granada: Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 1996, págs. 95 a 115.

PÉREZ VILLAR, Javier; «¿Siguen en vigor las medidas previas? (Estudio a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española y la ley del divorcio)»; *La Ley*, 1982-2, págs. 857-859.

PERROT; *La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso civil eficaz*; Barcelona: UAB Bellaterra, 1982, págs. 181 a 202.

POIRIER BENITO DEL VALLE; Debate correspondiente al seminario sobre las medidas a adoptar con ocasión de las crisis matrimoniales: problemas y reformas aconsejables, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias (colectivo)*; San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 1992, 347 págs.

- *Las medidas provisionalísimas en la actualidad. Problemas procesales que plantean. Vigencia*, en *Los Juzgados de Familia y los procesos matrimoniales diez años después (1981-1991): Resultados y experiencias (colectivo)*; San Sebastián: Instituto vasco de derecho procesal, 1992, 347 págs.

PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo; «Las uniones extramatrimoniales», en *Derecho de familia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid: CGPJ, 1993, X, págs 435 a 450.

PRIETO CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo; *Derecho concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*; Madrid: 1974, Tecnos, M.U.D. IV, 303 págs.

RAGOZZINO, Maria, GUERRERI, Gigliola. *Separazione e divorzio*; Italia, Milano: Hoepli, 1993, 408 págs.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: los autores, 1974, 263 págs.

- «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil»; *Justicia* 85, nº. 1, págs. 75 a 90.

- *Enjuiciamiento civil*, 2 vol., Barcelona: Bosch, 1997, 1217 págs.

RAMS ALBESA, Joaquín, *Derecho de Familia*, con LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ; Barcelona: Bosch, 1997, 3 vol.

REINA, Víctor y MARTÍNELL, Josep M^a.; *Curso de derecho matrimonial*; Madrid: 1995, 885 págs.

- *Las uniones matrimoniales de hecho*, con MARTÍNELL, Josep M^a.; Madrid: Marcial Pons, 1996, 157 págs.

RENCION, Jean-Louis; «Les mesures provisoires relatives aux biens des époux», en *Revue trimestrielle de droit familial*; 3 enero 1998, Bruxelles (Bélgica); págs. 457 a 508.

RICH OLIVA, Manel; *Las medidas provisionales y su ejecución*, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: CGPJ, Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 65 a 109 de 354.

RIFÁ SOLER, José M^a., FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Angel y VALLS GOMBAU, José Francisco; *Derecho procesal práctico*, tomo VIII; Madrid: Editorial centro de estudios Ramón Areces, 1992, 1063 págs.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco; *Comentarios a las Reformas del derecho de familia*. Vol. II, art. 102. AMOROS GUARDIOLA, BERCOVITZ et alii. Madrid: 1984, Tecnos, 2 vol.

ROCA GUILLAMÓN, Juan; *Las cargas de la familia de hecho*, en *Parejas de hecho*, (Herrera Campos dir.); Granada: Academia Granadina del Notariado, 1996, 363 págs.

ROCA TRÍAS, Encarna; *Los criterios judiciales en la aplicación de la "Ley del divorcio"*, en *Los Procesos en los Juzgados de Familia*; Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, 1993, págs. 47 a 62.

- *Derecho de familia*, (Roca coord.); Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, 407 págs.

RODRÍGUEZ PEDRERO, José A.; «La estadística en los Juzgados de familia»; *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5 noviembre 1987, núm. 1472, págs. 3267-3282.

ROMERO COLOMA, Aurelia M^o.; *Aspectos procesales de los juicios de nulidad, separación y divorcio*; Barcelona: Serlipost, 1994, 204 págs.

- *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*; Barcelona: Serlipost, 1990, 295 págs.

ROSENBERG, Leo; *Tratado de derecho procesal civil*, trad. de la cuarta edición alemana de 1949 por Romero Vera; Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, 4 vol.

- *Zivilprozessrecht*, con SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter; München (Alemania): Beck's, 1993, 1181 págs.

RUIZ PEÑA, Elena; *Las visitas en el derecho de familia: La problemática que plantea su ejecución, en Ejecución de Sentencias Civiles*, Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid: CGPJ, 1992, pág.549 a 558 de 743.

SÁNCHEZ PEDRERO, Adolfo; *Derecho procesal familiar*; Madrid: Edisofer, 1997, 415 págs.

SANTOLARIA FERNÁNDEZ, Jesús; «Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio», *Poder Judicial* n^o. 48, págs. 465 a 479.

SANTOS PASTOR; *¡Ah de la justicia!: Política Judicial y Económica*; Madrid: Civitas, 1993, 331 págs.

SANZ MARTÍN, Laura; «La familia, su naturaleza y finalidad»; *Actualidad civil*, nº. 19/6-12 de mayo de 1996; págs. 415 a 422.

SANZ ACOSTA, «Consideraciones en torno a la legitimación para el ejercicio de la acción prevista en el párrafo segundo del art. 93 del Código civil», en *Derecho de Familia; Cuadernos de Derecho Judicial*, X, 1993, págs. 487 a 494.

SANZ VIOLA, Ana M^a.; «Las medidas previas a la interposición de las demandas de nulidad, separación o divorcio después de las reformas llevadas a cabo por las leyes de 7 jul. 81 y 6 ag. 84»; *La Ley*, 1985-3, págs. 1013 a 1030.

SAURA, Luís Fernando; «Los efectos y medidas “provisionalísmos” en la ley 30/81»; *Justicia* 82, págs. 70 a 74.

SCHWAB, Dieter. (Dir.); *Handbuch des Scheidungsrechts*; Munich (Alemania): Franz Vahlen, 1989, LXXV, 1288 págs.

- *Droit de la famille et jurisdiction en Allemagne*, en *Familles et justice*; MEULDERS-KLEIN (dir.); Paris: LGDJ, 1997, 639 págs.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio; *Causas extraordinarias de disolución de la sociedad legal de gananciales: separación de hecho*, en *Temas económicos y patrimoniales importantes en las rupturas matrimoniales*, con ZARRALUQUI, POLO SORIANO, VAILLO ALEGRE et alii; Madrid: Dykinson, 1997, Asociación española de abogados de familia, 473 págs.

- «Consecuencias de la separación y el divorcio»; *Actualidad civil* nº. 29, 14-20 julio 1997, págs. 637 a 662.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, RAMOS MÉNDEZ, Francisco; *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona: los autores, 1974, 263 págs.

- «El objeto del proceso matrimonial», *Justicia* 83, nº. 1, págs. 41 a 67.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. *La ley del divorcio: Experiencias de su aplicación*. Madrid: Colex, 1982, 111 págs.

- «La ejecución de resoluciones judiciales en los procesos matrimoniales», en *Ejecución de sentencias civiles, Cuadernos de derecho judicial*; Madrid: CGPJ, 1992, págs. 479 a 512 de 743 págs.

SOLUS, Henry, PERROT, Roger; *Droit judiciaire privé*. Tome 3, procédure de première instance; Paris (Francia): Sirey, 1991, VI, 1358 págs.

SOUTO GALVAN, Esther; *Registro de uniones de hecho en la Comunidad de Madrid, en Uniones de hecho*, (Martinell dir.); Lleida: Universitat Lleida, 1998, 529 págs.

SUAREZ ROBLEDANO, José Manuel; *Competencia judicial internacional, en Jurisdicción, competencia y partes en el proceso civil*, (Fernández Martín dir.); Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, 447 págs.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel; *Las condenas no pecuniarias: ejecución de sentencias de dar, hacer o no hacer*; Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984, 239 págs.

TARDÓN OLMOS, María; *Búsqueda de un nuevo marco jurídico en el tratamiento de la violencia sobre la mujer, en La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial; LO 14/1999: Protección de las víctimas de malos tratos*; Madrid: 1999, Colex e Icse, págs. 105 a 119.

TERRÓN; *Las exclusiones en materia de familia, en BORRÁS (Ed.), La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre*

competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española, Seminario celebrado en Tarragona el 30 y 31 de mayo de 1997; Barcelona: Marcial Pons, 1998, págs. 461 a 463.

TIRADO ESTRADA, Jesús J.; «Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal»; *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia* n°. 1820, págs. 939 a 947.

TORRERO MUÑOZ, Magdalena; *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar*; Valencia: Editorial práctica de derecho, 1999, 184 págs.

VALCARCE LÓPEZ, Marta; «El Ministerio Fiscal en los procedimientos matrimoniales», *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, IV, 1998, págs. 33 a 59.

VALENCIA MIRON, Antonio José; *Juzgados de familia. Juzgados de primera instancia especializados y normas de reparto*, en *Los Juzgados de familia y los procesos matrimoniales diez años después*; San Sebastian: Justicia y processus, 1992, págs. 77 a 102.

VALIENTE FERNÁNDEZ, Celia; «Políticas contra la violencia contra la mujer en España», en *Ciencia Policial*, n°.35, 1996, págs.29 a 45.

VALLADARES RASCON, Etelvina.; *Nulidad, separación y divorcio: comentarios a la ley de reforma del matrimonio*; Madrid: Civitas, 1982, 457 págs.

VALLS GOMBAU; «Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales», en *Las medidas cautelares*; Madrid: Consejo General del Poder Judicial; págs.341 a 414.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a del Rosario, comentario al art. 106, en *Comentario del Código civil*, dir. por DIEZ PICAZO PONCE DE LEON, PAZ-ARES DOMINGUEZ, BERCOVITZ, y SALVADOR CODERCH; Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, tomo I, pág. 423.

- *Familias matrimoniales y no matrimoniales*, en *Derecho de Familia*, (Roca Trías coord.); Valencia: Tirant lo blanch, 1997, 407 págs.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis; *La construcción del proceso cautelar en el derecho procesal civil español*, en *Jornadas sobre la reforma del Proceso Civil*; Madrid: Ministerio de Justicia, 1990, págs. 329 a 372 de 577 págs.

VEGA SALA, Francesc; *Matrimonio: procesos de nulidad, separación y divorcio*, en *Los procesos en los juzgados de familia*; Barcelona: Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya, Consejo General del Poder Judicial, 1993, págs. 11 a 44 de 354.

- *Las uniones de hecho en la jurisprudencia del tribunal supremo*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*; Madrid: Dykinson, 1996, 383 págs.

- *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*; Barcelona: Praxis, 1982, 392 págs.

- *Alimentos: hijos mayores y menores de edad*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*, ZARRALUQUI, DELGADO LÓPEZ, ORTÍZ-ARCE, et alii; Madrid: Asociación española de abogados de familia, Dykinson, 1995, 386 págs.

VEIGA NICOLE; «Las pensiones contempladas en la Ley 30/81 de 7 de julio», en *Derecho de familia; Cuadernos de derecho judicial*, 1993, X, págs. 271 a 299.

- *La pensión de alimentos en la ley 30/81 de 7 de julio*, en *Problemas candentes en los procesos de familia*; ZARRALUQUI, DELGADO LÓPEZ, ORTIZ-ARCE et alii; Madrid: Asociación española de abogados de familia, Dykinson, 1995, 386 págs.

VIDAL GIL, Ernesto y MARTÍN MORON, M^a. Teresa; «Jurisprudencia y cambios legislativos: la equiparación del cónyuge y el conviviente more uxorio en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional», *RGD*, n^o. 586-587, julio-agosto 1993, págs.6895 a 6927.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; «Relación no matrimonial: Reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho, buena fe y equidad: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo (S. 1^a.) de 13 de junio de 1986»; *RGD*, 1987, págs. 33 a 47.

VILLALTA , E., MÉNDEZ, R; *Nulidad del matrimonio civil y demanda de eficacia civil de las resoluciones canónicas*; Biblioteca básica de práctica procesal; Barcelona: Bosch, 1998, 80 págs.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco; *Las medidas y los efectos en los procesos en los procesos matrimoniales*; Granada: Comares, 1995, XX, 310 págs.

- «Consideraciones sobre la especialidad procesal de los juicios matrimoniales y su naturaleza jurídica», en *Actualidad Civil*, n^o. 21, 19-25 de mayo de 1997.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; *Los registros municipales de uniones civiles (Barcelona)*, en *Uniones de hecho*, (Martinell dir.); Lleida: Universitat Lleida, 1998, 528 págs.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd; *Das Verfahren in Familiensachen.*, Berlin: Luchterhand, 1997, 4^a. ed., 152 págs.

ZANÓN MASDEU, Luís; *Guarda y custodia de los hijos*; Barcelona: Bosch, 1996, 319 págs.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARIAGA, Luís; *La intimidad de los datos fiscales y los procesos matrimoniales*, en *Cuestiones derivadas de los pleitos de familia*, Madrid: Dykinson, 1996, 383 págs.

- «La unión paramatrimonial y la vivienda familiar», *R.G.D.*, nº. 584, mayo 1993, pág.4243 a 4299.

ZPO, comentada por ZÖLLER, REINHOLD, REINHARD, *et alii*. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 1997, 20ª. edición, 6246 págs.

ZPO, comentada por BAUMBACH; Munich: Beck's, 1997, 55ª. edición, 2704 págs.

«Reunión de letrados con jueces de familia y Ministerio Fiscal»; *Otrosí*, septiembre de 1986.

«Reunión de jueces, fiscales y comisión derecho de familia», Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de 18 de diciembre de 1987.

«Reunión entre jueces de familia y abogados», *Otrosí*, noviembre de 1993.

«Nueva especialidad en TO para la defensa de los asuntos derivados de la violencia doméstica»; *Otrosí*, nº. 14, abril 2000, pág. 56.

Instrucción nº. 3/1988 sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales.

Circular nº. 3/1986 de 15 de diciembre sobre intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales.

Circular nº. 1/1998 de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

Consulta nº. 2/1987, de 2 de abril, sobre intervención del Ministerio Fiscal en procesos derivados de la ruptura de uniones familiares con descendencia.

Libro blanco de la justicia, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997, 324 págs.

Memoria que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales de 1997 y 1999.

Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989, 1993, 1994, 1995, 1998 y 1999.

Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres, presentado en noviembre de 1998 en la Comisión mixta del Congreso y Senado (<http://www.defensordelpueblo.es>).

Ley 10/1998 de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (DOGC de 23/7/1998).

Ley 6/99 de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOA 6/4/1999).

Dictamen sobre la proposición de Ley Foral para la igualdad jurídica de las parejas estables, aprobada por el Parlamento Navarro el 22 de junio de 2000. (BOPN nº. 52/21 de junio de 2000).

Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, aprobado por el Consejo el 29 de mayo de 2000. <http://www.europa.eu>.

Propuesta modificada de reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. http://www.europa.eu.int/eur-lex/es/com/dat/2000/es_500PC0151.html.

California, Family Code <http://www.leginfo.ca.gov>.

Francia, Proposition de loi relative a la prestation compensatoire en matière de divorce, <http://www.assemblee-nat.fr/2/propositions/pion2325.htm>.

Gran Bretaña, Family law act de 1996 (<http://hmso.gov.uk>).

Italia, disegno di legge n. 5979/C sobre “Misure contro la violenza nelle relazioni familiari”, www.Senato.it.